

Facultaire alumnibijeenkomst

Vrijdag 1 april 2016

Mr. D.M.A. (Vivian) bij de Vaate



Koninklijke Notariële
Beroepsorganisatie



Inhoudsopgave

- P.J. Jansen, **1**
'Art. - Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een switch?', *TAP*, 2015/8
- H.B. Dekker, **13**
'Art. – Overzicht relevante jurisprudentie WWZ tot 1 januari 2016', *TAP* 2016(1) 3

Publicatie	TAP: Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
Jaargang	8
Publicatiedatum	24-03-2015
Afleveringnummer	2
Artikelnummer	59
Titel	Art. - Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een switch?
Auteurs	Jansen, P.J.
Samenvatting	<p>De Wet werk en zekerheid ('WWZ') zet per 1 juli 2015 het ontslagrecht op z'n kop. Het hele ontslagrecht? Nee, er blijven ook nog wel wat oude bekenden bestaan, zoals het ontslag op staande voet. In de huidige praktijk wordt na een ontslag op staande voet vaak een kort geding gestart door de werknemer, waarop de werkgever reageert met een voorwaardelijk ontbindingsverzoek. De vraag is of er na een ontslag op staande voet in het nieuwe ontslagrecht van de WWZ nog plaats is voor een kort geding en voorwaardelijke ontbinding. En in het verlengde daarvan is het ook de vraag of er in dat nieuwe ontslagrecht nog plaats is voor bewijslevering en voor een switch. Op deze vragen gaat de auteur in dit artikel in. Een kort antwoord op die vragen kan hij alvast geven: er kan nog veel, er kan nog meer, maar 't wordt ook anders.</p>
Trefwoorden	ontslag op staande voet ontslagrecht Wet werk en zekerheid

TAP 2015(2) 59 Art. - Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een switch?

Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een switch?

De Wet werk en zekerheid (WWZ) zet per 1 juli 2015 het ontslagrecht op z'n kop. Het hele ontslagrecht? Nee, er blijven ook nog wel wat oude bekenden bestaan, zoals het ontslag op staande voet. In de huidige praktijk wordt na een ontslag op staande voet vaak een kort geding gestart door de werknemer, waarop de werkgever reageert met een voorwaardelijk ontbindingsverzoek. De vraag is of er na een ontslag op staande voet in het nieuwe ontslagrecht van de WWZ nog plaats is voor een kort geding en voorwaardelijke ontbinding. En in het verlengde daarvan is het ook de vraag of er in dat nieuwe ontslagrecht nog plaats is voor

bewijslevering en voor een switch. Op deze vragen ga ik hierna in.¹ Een kort antwoord op die vragen kan ik alvast geven: er kan nog veel, er kan nog meer, maar 't wordt ook anders.

1. Inleiding: een nieuw scenario?

Als een werknemer een ontslag op staande voet aanvecht, verloopt dat in het huidige ontslagrecht vaak volgens een vertrouwd scenario. De werknemer doet een buitengerechtelijk beroep op de vernietigbaarheid van het ontslag. Dat beroep moet worden gedaan binnen een vervaltermijn van zes maanden na het ontslag. De werknemer vordert vervolgens in kort geding doorbetaling van loon en eventueel tewerkstelling. De werkgever reageert vaak met een voorwaardelijk ontbindingsverzoek op grond van art. 7:685 van het Burgerlijk Wetboek (BW), waarna in veel gevallen een gezamenlijke behandeling van dat verzoek en het kort geding plaatsvindt. In het kort geding en de ontbindingsprocedure zal doorgaans geen bewijslevering (kunnen) plaatsvinden. Voor bewijslevering is natuurlijk wel plaats als partijen in een bodemprocedure, ingeleid met een dagvaarding, verder procederen over het ontslag op staande voet. Op enig moment kan de werknemer soms aanleiding zien voor een *switch*.² In dat geval laat de werknemer een beroep op de vernietigbaarheid van het ontslag varen en vordert hij geen loondoorbetaling meer, maar in plaats daarvan een (gefixeerde) schadevergoeding wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn, vaak in combinatie met een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.³ Zo'n *switch* mag, als de werknemer maar ondubbelzinnig afstand doet van zijn beroep op de vernietigbaarheid van het ontslag.⁴

Dit scenario moet voor de WWZ in ieder geval deels worden herschreven. De buitengerechtelijke vernietiging van een ontslag is van de baan. Alleen de kantonrechter kan het ontslag nog vernietigen.⁵ De werknemer kan de vordering tot vernietiging niet meer bij dagvaarding doen, maar moet daartoe een verzoekschrift indienen, binnen een vervaltermijn van twee maanden na het ontslag.⁶ Een vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag is voor de werknemer niet meer mogelijk. De ontbindingsprocedure van art. 7:685 BW komt te vervallen. De werkgever kan alleen nog ontbinding verzoeken op grond van art. 7:671b lid 1 (nieuw) BW en op de in dat artikel genoemde limitatieve ontslaggronden.⁷

Dit nieuwe scenario roept vragen op, waaronder de vragen waarover het in dit artikel gaat: is er in het nieuwe ontslagrecht van de WWZ nog wel plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een *switch*? Ik begin met het bespreken van de mogelijkheden tot bewijslevering en kom daarna achtereenvolgens toe aan het kort geding, de voorwaardelijke ontbinding en de *switch*.

2. Bewijslevering: ‘nee, tenzij’ of ‘ja, tenzij’?

Niet alleen geschillen over ontslag op staande voet moeten onder de WWZ verplicht worden ingeleid met een verzoekschrift. Dat geldt voor alle gedingen die te maken hebben met het einde van de arbeidsovereenkomst.⁸ Op het moment dat de verzoekschriftprocedure voor dergelijke geschillen als verplichte procedure wordt voorgeschreven, doet zich de vraag voor hoe het dan zit met de bewijsregels in ontslagzaken en de mogelijkheid tot bewijslevering. Volgens art. 284 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) zijn de bewijsregels van de dagvaardingsprocedure van overeenkomstige toepassing op de verzoekschriftprocedure, tenzij de

aard van de zaak zich hiertegen verzet. Voor de huidige ontbindingsprocedure van art. 7:685 BW brengt dit mee dat over het algemeen wordt aangenomen dat die bewijsregels daarop niet van toepassing zijn, omdat ervan wordt uitgegaan dat de aard van de huidige ontbindingsprocedure zich daartegen verzet.⁹ Dat betekent dat de kantonrechter best bewijslevering door bijvoorbeeld getuigen kan toestaan in een ontbindingsprocedure, maar dat hij daartoe in beginsel niet gehouden is.¹⁰ Als het bewijsrecht niet van toepassing is, heeft dat overigens ook tot gevolg dat partijen in de betreffende verzoekschriftprocedure hun stellingen niet meer hoeven te bewijzen, maar dat zij ermee kunnen volstaan die stellingen voldoende aannemelijk te maken.¹¹ De ‘lat’ ligt dan lager, waar het gaat om de vaststelling van de feiten.

Wat betekent dit nu voor bewijslevering in verzoekschriftprocedures in het nieuwe ontslagrecht? Zijn de bewijsregels nu wel of niet van toepassing? In de wetsgeschiedenis van de WWZ is nader ingegaan op die vraag. Volgens de memorie van toelichting geldt het bewijsrecht alleen in bijzondere omstandigheden, dus kennelijk met de gedachte: ‘nee, tenzij’.¹² In de memorie van antwoord wordt opgemerkt dat het aan de rechter wordt overgelaten of het bewijsrecht al dan niet moet worden toegepast.¹³ En in de nota naar aanleiding van het verslag wordt deze laatste visie herhaald, met de toevoeging dat de vraag of het bewijsrecht van toepassing is, afhangt van het spoedeisend karakter en de complexiteit van de zaak.¹⁴ Volgens de regering mag aangenomen worden dat bij zaken die het ontslag van een werknemer betreffen, een zekere spoedeisendheid aan de orde is, waardoor het bewijsrecht in de regel niet van toepassing zal zijn.¹⁵ In complexe zaken zou mogelijk door de rechter anders moeten worden geoordeeld, bijvoorbeeld wanneer discussie bestaat over ernstige verwijtbaarheid van de werkgever of de werknemer. Deze laatste visie lijkt in ieder geval wat meer ruimte te bieden voor bewijslevering dan het ‘nee, tenzij’ van de memorie van toelichting.

Mij lijkt zeker verdedigbaar het standpunt dat in de verzoekschriftprocedure van de WWZ in beginsel als uitgangspunt moet worden genomen dat het bewijsrecht wordt toegepast, gelet op het grote belang van waarheidsvinding.¹⁶ Dus: ‘ja, tenzij’. Anderzijds verwacht ik dat de kantonrechter in zijn algemeenheid niet snel geneigd zal zijn om *hard and fast rules* te formuleren voor de toepassing van het bewijsrecht in ontslagzaken onder de WWZ.¹⁷ De beoordelingsvrijheid die de wetgever de kantonrechter heeft gegeven bij de toepassing van het bewijsrecht geeft immers ook ruimte voor een flexibele en praktische, op de concrete zaak afgestemde benadering voor bewijslevering, zonder dat dit afbreuk hoeft te doen aan de waarheidsvinding. Zo is denkbaar dat in een zaak over ontslag op staande voet niet zozeer de feiten ter discussie staan, maar vooral de vraag of die feiten een dringende reden voor ontslag opleveren. In dat geval zal er doorgaans geen reden zijn om het bewijsrecht van toepassing te verklaren. Als de kantonrechter op een zitting bijvoorbeeld camerabeelden wil bekijken en deze wil betrekken bij de beoordeling van een ontslag op staande voet, zal het ook niet altijd nodig zijn dat eerst en expliciet wordt beslist welke bewijsregels gelden. Wellicht hoeft zelfs het horen van een getuige op een zitting niet zonder meer gepaard te gaan met het, al dan niet vooraf, van toepassing verklaren van het bewijsrecht. Ik wijs in dit verband ook op het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, waarin wordt voorgesteld dat na voorafgaande toestemming van de rechter tijdens de mondelinge behandeling getuigen kunnen worden gehoord.¹⁸ De praktijk en de rechtsontwikkeling in het nieuwe ontslagrecht zullen uiteindelijk moeten uitwijzen of de kantonrechter volledige beoordelingsvrijheid tot uitgangspunt zal nemen bij de toepassing van het bewijsrecht, dan wel of in rechtspraak daarvoor nadere

regels worden geformuleerd.¹⁹ Op de vraag of het bewijsrecht moet worden toegepast in ontslagzaken onder de WWZ, verwacht ik vooralsnog dat het antwoord zal zijn: ‘ja, indien nodig’.

3. Kort geding: wat kan er nog (meer)?

Volgens de nieuwe procesregels van de WWZ moet een verzoekschrift, bijvoorbeeld tot vernietiging van een ontslag op staande voet, binnen vier weken na indiening daarvan op een zitting worden behandeld.²⁰ Dit geldt nu ook voor de behandeling van een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.²¹ Ik ga ervan uit dat per 1 juli 2015 in het Procesreglement verzoekschriftprocedures voor kantonzaken zal worden bepaald dat in alle procedures in het kader van de WWZ in beginsel uitspraak wordt gedaan op een termijn van drie weken na de zitting, zoals op dit moment ook al geldt voor de ontbindingsprocedure. Als deze termijnen in de praktijk worden gehaald, komt de vraag op of een kort geding nog wel zinvol is. Immers, als een verzoek tot vernietiging van een ontslag op staande voet binnen vier weken wordt behandeld op een zitting, waarom dan nog een kort geding? Een kort geding zal naar mijn inschatting in de praktijk over het algemeen niet op een nog veel kortere termijn (kunnen) worden behandeld dan een verzoekschrift, en wat is dan nog het spoedeisend belang?

Echter, als de kantonrechter in een verzoekschriftprocedure waarbij vernietiging van een ontslag op staande voet wordt gevraagd, bepaalt dat de bewijsregels van de dagvaardingsprocedure van toepassing zijn, wordt het in ieder geval een ander verhaal. Als de toepassing van die bewijsregels meebrengt dat ook getuigen worden gehoord, is de kans groot dat er geen uitspraak zal kunnen worden gedaan binnen drie weken na de zitting. Het kan dan wellicht zelfs nog vele maanden duren voordat uitspraak volgt. In zo’n situatie zal een kort geding voor de werknemer toch de aangewezen weg zijn om op korte termijn een oordeel te krijgen over zijn vordering tot loondoorbetaling en tewerkstelling. Ik ga er daarom van uit dat een kort geding mogelijk én relevant blijft voor ontslagzaken in het kader van de WWZ.²² Overigens zal een werknemer die in een verzoekschriftprocedure vernietiging van een ontslag op staande voet vraagt, nog niet weten of de kantonrechter het bewijsrecht zal toepassen en evenmin of getuigen zullen worden gehoord. Gelet op die onzekerheid kan ik mij voorstellen dat in de praktijk de werknemer tegelijkertijd met een verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet ook in kort geding veroordeling van de werkgever tot betaling van (een voorschot op) het loon en tewerkstelling zal gaan vorderen. Het lijkt voor de hand te liggen dat zo’n verzoek en het kort geding dan gelijktijdig op een zitting worden behandeld.

Naast het kort geding van art. 254 Rv dient zich wellicht nog een mogelijkheid aan voor het vragen van een voorlopige voorziening. Op grond van art. 223 Rv kan iedere partij tijdens een aanhangig geding vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening zal treffen voor de duur van het geding. Die vordering moet samenhangen met de hoofdvordering. Een dergelijke provisionele vordering heeft in de praktijk van het huidige arbeidsrecht niet of nauwelijks betekenis, omdat zo’n vordering pas kan worden ingediend als een dagvaardingsprocedure is gestart. Een kort geding biedt daarom op dit moment een veel eenvoudigere en snellere weg om een voorlopige voorziening te vragen. Na 1 juli 2015 zal de werknemer echter een verzoekschrift moeten indienen om vernietiging van het ontslag op staande voet te verkrijgen. Buitengerechtelijke vernietiging is immers niet meer mogelijk. Met de indiening van het

verzoekschrift is direct sprake van een aanhangig geding in de zin van art. 223 Rv. De werknemer kan in zijn verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet dus ook vragen om op grond van art. 223 Rv een voorlopige voorziening te treffen. Een kort geding is in dat geval niet meer nodig.

De vraag is nog of in een verzoekschriftprocedure wel een voorlopige voorziening als bedoeld in art. 223 Rv kan worden gevraagd. In een uitspraak van 5 december 2014 heeft de Hoge Raad op die vraag een antwoord gegeven: *‘De wet en de aard van de verzoekschriftprocedure zoals geregeld in art. 261 e.v. Rv verzetten zich niet tegen overeenkomstige toepassing van art. 223 Rv op verzoekschriftprocedures. (...) Derhalve kan (...) in een verzoekschriftprocedure een incidenteel verzoek gedaan worden tot het treffen van een voorlopige voorziening voor de duur van het geding, overeenkomstig hetgeen art. 223 Rv bepaalt voor dagvaardingsprocedures’*.²³ Het lijkt mij duidelijk dat dit oordeel van de Hoge Raad ook van toepassing is op de verzoekschriftprocedure van de WWZ. Uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt overigens dat het verzoek om een voorlopige voorziening kan worden gedaan in het verzoek- of verweerschrift, maar ook bij afzonderlijk incidenteel verzoekschrift. Verder overweegt de Hoge Raad dat het voor de hand ligt dat indien een spoedeisend belang bestaat bij een voorlopige voorziening, op het verzoek daartoe in de regel eerst en vooraf wordt beslist. Ik stel mij voor dat in de praktijk door de kantonrechter het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet, net als in geval van een kort geding, gelijktijdig op zitting wordt behandeld met het verzoek om een voorlopige voorziening als bedoeld in art. 223 Rv.

4. Voorwaardelijke ontbinding: kan het nog (gemakkelijker)?

Als de werknemer na een ontslag op staande voet in de huidige praktijk van het arbeidsrecht in kort geding loondoorbetaling vordert, reageert de werkgever vaak met een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding. Dit om te voorkomen dat bij een eventuele toewijzing van de vordering in kort geding de verplichting tot loondoorbetaling lange tijd blijft voortduren.

Ik ga ervan uit dat een werkgever ook na 1 juli 2015 de mogelijkheid heeft om na een ontslag op staande voet een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding te doen, al dan niet in reactie op een verzoek van de werknemer om vernietiging van dat ontslag. Die mogelijkheid wordt immers geboden door art. 7:671b lid 1 (nieuw) BW, op grond waarvan de werkgever op de daar genoemde gronden ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan verzoeken. Anders dan in het huidige recht, staat tegen een beschikking tot ontbinding in het nieuwe ontslagrecht wel hoger beroep open.²⁴ Komt het hof in hoger beroep tot het oordeel dat de (voorwaardelijke) ontbinding ten onrechte is toegewezen, dan kan het hof de werkgever veroordelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen.²⁵ Daarmee heeft een ontbinding in het nieuwe ontslagrecht dus niet het definitieve karakter van een ontbinding onder het huidige recht. Ik denk echter niet dat de mogelijkheid van hoger beroep meebrengt dat de voorwaardelijke ontbinding na 1 juli 2015 geheel zal verdwijnen. Ook in het nieuwe ontslagrecht zal de werkgever het risico van een langdurige loonbetalingsverplichting na een toegewezen loonvordering in kort geding toch vaak willen beperken. Daarbij komt dat het instellen van hoger beroep tegen een toegewezen ontbinding geen schorsende werking heeft.²⁶ Hangende het hoger beroep blijft de ontbinding dus gewoon in stand.²⁷ Om die reden is door de regering ook de verwachting uitgesproken dat een hof vermoedelijk niet vaak zal overgaan tot

een veroordeling van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te herstellen, maar dat de rechtsstrijd in de praktijk met name zal gaan over de hoogte van de (billijke) vergoeding.²⁸ Hiervan uitgaande zal een (voorwaardelijke) ontbinding in het nieuwe ontslagrecht, ondanks de mogelijkheid van hoger beroep, wellicht toch vaak een definitief einde van de arbeidsovereenkomst betekenen.²⁹

Het kan voor een werkgever in het nieuwe ontslagrecht ook eenvoudiger worden om een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding in te dienen.³⁰ Als de werknemer bij verzoekschrift vernietiging van het ontslag op staande voet vraagt, kan de werkgever daartegen een verweerschrift indienen, waarbij hij tegelijkertijd bij wijze van tegenverzoek voorwaardelijke ontbinding kan vragen.³¹ Aangenomen mag worden dat de werknemer dan gelegenheid krijgt om verweer te voeren tegen het verzoek tot ontbinding en dat de verschillende verzoeken gezamenlijk op één zitting worden behandeld. En welke termijnen moeten dan in acht worden genomen bij indiening van die verweerschriften en het zelfstandig tegenverzoek? Uit art. 282 lid 1 Rv volgt dat een verweerschrift en dus ook een tegenverzoek tot de aanvang van de behandeling kan worden ingediend. Het laat zich raden dat dit in ontslagzaken in de praktijk problemen gaat geven. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de regering voor ogen staat dat dergelijke problemen zullen worden opgelost door art. 282 Rv zodanig te wijzigen dat het verweerschrift en een tegenverzoek uiterlijk tien dagen vóór de zitting moeten worden ingediend.³² Deze oplossing is echter onderdeel van het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en deze wijziging zal in ieder geval niet ingaan per 1 juli 2015. De regering gaat ervan uit dat in de tussentijd zal worden voorzien in een aanpassing van het Procesreglement verzoekschriftprocedures voor kantonzaken.³³ Dat Procesreglement gaat nu uit van een termijn voor indiening van het verweerschrift van vijf werkdagen vóór de zitting.³⁴ Als de termijn van tien dagen die de regering voor ogen staat moet gaan gelden, zal per 1 juli 2015 dus een wijziging van het Procesreglement dienen plaats te vinden. Verder kan een gezamenlijke behandeling van dit soort verzoeken uiteraard tot de nodige nieuwe complicaties en vertraging leiden, zeker als de kantonrechter bij één of meer van die verzoeken kiest voor toepassing van het bewijsrecht. Daarvoor is een oplossing bedacht die al wel van kracht wordt op 1 juli 2015. Op grond van art. 7:686a lid 10 (nieuw) BW kan de kantonrechter een zaak in twee of meer zaken splitsen indien de verschillende verzoeken zich niet lenen voor gezamenlijke behandeling. Hoewel dat niet met zo veel woorden uit dat artikel blijkt, neem ik aan dat dit ook geldt voor tegenverzoeken. Daarbij is in de wetsgeschiedenis als voorbeeld gegeven dat de kantonrechter een verzoek tot ontbinding als een aparte zaak kan afsplitsen en behandelen, om te voorkomen dat er langdurige onzekerheid blijft bestaan over het voortduren van de arbeidsovereenkomst.³⁵ Hoe dit alles in de praktijk gaat uitpakken, zal na 1 juli 2015 moeten worden gezien.

5. De switch: is het over of is het anders?

In het huidige ontslagrecht heeft de werknemer de mogelijkheid van een *switch*. De werknemer ziet dan alsnog af van een beroep op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet en legt zich neer bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Hij kan dan uiteraard geen aanspraak meer maken op loondoorbetaling, maar vordert in plaats daarvan toekenning van de gefixeerde schadevergoeding en een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. Ik verwacht dat een vergelijkbare *switch* in het nieuwe ontslagrecht nog steeds mogelijk is. Op grond van art. 7:681 lid 1 (nieuw) BW kan de werknemer na een ontslag op staande voet immers verzoeken om

vernietiging van dat ontslag dan wel een billijke vergoeding vragen. De werknemer kan dus net als in het huidige ontslagrecht de keuze maken om zich al dan niet bij het einde van de arbeidsovereenkomst neer te leggen, en loondoorbetaling dan wel een vergoeding vorderen.³⁶ Uitgaande van die keuzemogelijkheid valt niet in te zien waarom de werknemer niet ook de optie heeft om aanvankelijk te verzoeken om vernietiging van het ontslag, maar later alsnog te *switchen* naar een verzoek om toekenning van een billijke vergoeding. Er is wel een *catch*. Zowel voor het verzoek om vernietiging van het ontslag als het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding geldt op grond van art. 7:686a lid 4 (nieuw) BW een vervaltermijn van twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Als de werknemer de mogelijkheid van een *switch* wil openhouden, zal hij dus binnen die termijn in ieder geval ook een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding moeten doen. Als de werknemer binnen de vervaltermijn nog geen definitieve keuze wil maken, lijkt mij de oplossing daarvoor in de praktijk dat de werknemer in zijn verzoekschrift primair vernietiging van het ontslag vraagt en subsidiair een billijke vergoeding.

De vraag kan wel opkomen wat het praktische belang is van een *switch* naar het verzoek om een billijke vergoeding. In de wetsgeschiedenis is de mogelijkheid van het verkrijgen van een billijke vergoeding immers aangemerkt als een ‘muizengaatje’.³⁷ De regering heeft beoogd te regelen dat voor toekenning van een billijke vergoeding alleen dan plaats is als het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.³⁸ Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever zal zich blijkens de wetsgeschiedenis slechts voordoen in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld wanneer als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever of vanwege een ernstige schending van re-integratieverplichtingen bij ziekte een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan.³⁹ In eerdergenoemd art. 7:681 lid 1 (nieuw) BW is echter, anders dan in bijvoorbeeld de artt. 7:671b lid 8 en 7:671c lid 2 (nieuw) BW, niet expliciet vermeld dat de billijke vergoeding alleen kan worden toegekend in geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De regering heeft opgemerkt dat niettemin in alle genoemde artikelen sprake is van eenzelfde type billijke vergoeding.⁴⁰ In dit verband is in de memorie van antwoord toegelicht dat de billijke vergoeding van art. 7:681 lid 1 (nieuw) BW kan worden toegekend als het ontslag als zodanig ernstig verwijtbaar is, omdat de werkgever de voor een rechtsgeldig ontslag geldende voorschriften niet heeft nageleefd.⁴¹ Daaraan is toegevoegd dat in art. 7:681 (nieuw) BW voor de daarin bedoelde specifieke gevallen reeds invulling is gegeven aan de ernstige verwijtbaarheid.⁴² Uitgaande van die opmerkingen is de regering kennelijk van mening dat als een door de werkgever gegeven ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, daarmee ook is gegeven dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. De werkgever heeft dan opgezegd in strijd met de voor een rechtsgeldig ontslag geldende voorschriften, te weten art. 7:671 (nieuw) BW. Volgens art. 7:671 (nieuw) BW is immers voor een rechtsgeldige opzegging, bij gebreke van een dringende reden, instemming van de werknemer dan wel toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen vereist. Moeten genoemde opmerkingen van de regering inderdaad zo worden begrepen, dan zal een werknemer in een zaak waarin de kantonrechter oordeelt dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, in beginsel ook aanspraak kunnen maken op een billijke vergoeding. De werknemer hoeft in dat geval niet meer aan te tonen dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, want dat is dan al een gegeven. De vraag welk bedrag aan billijke vergoeding vervolgens moet worden toegekend, laat ik hier verder buiten beschouwing.⁴³

Bij de *switch* kan ook een rol spelen dat een werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst eveneens recht heeft op een transitievergoeding, voor zover hij voldoet aan de voorwaarden daarvoor.⁴⁴ Als de werknemer zich na een ontslag op staande voet (alsnog) neerlegt bij het einde van de arbeidsovereenkomst, kan hij in zijn verzoekschrift ook vragen om betaling van die transitievergoeding. Voor zover de werkgever die transitievergoeding al heeft betaald na het ontslag en de werknemer instemt met de hoogte daarvan, zal een dergelijk verzoek niet aan de orde zijn. Ik schat echter in dat in de praktijk nogal eens discussie zal ontstaan over de vraag of de transitievergoeding wel juist is vastgesteld. Bovendien kan ik mij voorstellen dat het geregeld zal voorkomen dat een werkgever na een ontslag op staande voet de transitievergoeding niet aan de werknemer betaalt, met een beroep op art. 7:673 lid 7 (nieuw) BW. Op grond van dat artikel is de transitievergoeding niet verschuldigd indien het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Hoewel een dringende reden niet zonder meer hoeft samen te vallen met ernstig verwijtbaar handelen, zal een werkgever waarschijnlijk toch vaak het standpunt innemen dat het ontslag op staande voet ook leidt tot het verlies van recht op een transitievergoeding.⁴⁵ In zo'n geval zal de werknemer er verstandig aan doen om in zijn verzoekschrift tot vernietiging van het ontslag ook te vragen om toekenning of vaststelling van het recht op een transitievergoeding, in ieder geval bij wijze van subsidiair verzoek. Dat is temeer van belang, omdat zelfs in het geval dat de kantonrechter mocht oordelen dat het ontslag op staande voet terecht is, daarmee nog niet zonder meer gegeven is dat de werknemer geen recht heeft op een transitievergoeding. In dat verband kan de werknemer namelijk een beroep doen op art. 7:673 lid 8 (nieuw) BW, waarin is geregeld dat aan de werknemer ook in geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten een transitievergoeding kan worden toegekend, indien het niet toekennen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Er is bovendien reden voor de werknemer om in zijn verzoekschrift de transitievergoeding 'mee te nemen', al dan niet bij wijze van subsidiair verzoek, omdat de bevoegdheid daartoe vervalt drie maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Als de werknemer de mogelijkheid van een *switch* wil openhouden, zal hij dus net als bij de billijke vergoeding tijdig en subsidiair moeten verzoeken om de werkgever te veroordelen tot betaling van de verschuldigde transitievergoeding.

Verder kan bij de *switch* de vergoeding vanwege een onregelmatige opzegging worden gevorderd.⁴⁶ Die vergoeding, die de huidige gefixeerde schadevergoeding vervangt, bestaat uit het loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren. Als het ontslag op staande voet geen stand houdt, maar de werknemer zich (alsnog) neerlegt bij het einde van de arbeidsovereenkomst, heeft hij in beginsel ook aanspraak op deze vergoeding. Ook hier geldt dat de werknemer te maken heeft met een vervaltermijn van twee maanden en tijdig, zo nodig subsidiair, moet verzoeken om toekenning van deze vergoeding, wil hij de mogelijkheid van een *switch* behouden.⁴⁷

Het is dus niet 'over' voor de *switch*, maar het wordt wel anders.

6. Conclusie: er kan nog veel, er kan nog meer, maar 't wordt ook anders

Ook in het nieuwe ontslagrecht van de WWZ is er na een ontslag op staande voet naar mijn verwachting nog plaats voor een kort geding, een voorwaardelijk ontbindingsverzoek, bewijslevering en een *switch*. Wellicht dienen zich zelfs nog nieuwe mogelijkheden aan, zoals de

voorlopige voorziening van art. 223 Rv. Er zal ook veel anders worden, met name door de invoering van de verzoekschriftprocedure en de gevolgen daarvan voor de wijze van behandeling van ontslagzaken en de mogelijkheid tot bewijslevering. En in het kader van de *switch* kan worden verzocht om andere vergoedingen dan voorheen, waarbij een verzoek daartoe aan strikte vervaltermijnen is gebonden. De praktijk en de rechtsontwikkeling in het nieuwe ontslagrecht zullen uiteindelijk moeten uitwijzen welke plaats het kort geding, het voorwaardelijke ontbindingsverzoek, bewijslevering en de *switch* daadwerkelijk krijgen of behouden.

Over de auteur

Mr. P.J. Jansen is kantonrechter in de Rechtbank Noord-Holland. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.



[1](#)O. van der Kind gaat in *ArbeidsRecht* 2014/58, ‘Ontslag op staande voet onder de WWZ’, vooral in op de inhoudelijke aspecten van ontslag op staande voet na inwerkingtreding van de WWZ; in dit artikel ligt het accent op de procesrechtelijke aspecten.

[2](#)O. van der Kind gaat in *ArbeidsRecht* 2014/58, ‘Ontslag op staande voet onder de WWZ’, vooral in op de inhoudelijke aspecten van ontslag op staande voet na inwerkingtreding van de WWZ; in dit artikel ligt het accent op de procesrechtelijke aspecten.² Die aanleiding kan bijvoorbeeld zijn dat de werknemer inmiddels al ander werk heeft gevonden of zich niet meer beschikbaar wil stellen om te werken bij de werkgever; een *switch* kan in de praktijk soms goed uitpakken voor de werknemer, zie bijvoorbeeld: Rb. Maastricht 9 september 1999, «JAR» 2000/149.

[3](#)Dat zo’n gecombineerde vordering mogelijk is, blijkt uit vaste rechtspraak; zie bijvoorbeeld: HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5360; «JAR» 2013/180.

[4](#)HR 7 oktober 1994, «JAR» 1994/234 (Dibbets/Pinckers) en HR 7 juni 2002, «JAR» 2002/155

(Greeven/Connexxion).

[5](#)Art. 7:681 lid 1 (nieuw) BW.

[6](#)Art. 7:686a lid 2 (nieuw) BW en art. 7:686a lid 4, onder a, 2^o (nieuw) BW

[7](#)O. van der Kind wijst in *ArbeidsRecht* 2014/58, ‘Ontslag op staande voet onder de WWZ’, nog op de mogelijkheid van ontbinding op grond van art. 7:686 BW, wegens een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst; die mogelijkheid laat ik hier verder buiten beschouwing.

[8](#)Art. 7:686a lid 2 (nieuw) BW.

[9](#)Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 157 en HR 29 september 2000, NJ 2001/302 (Kuijper/ING).

[10](#)Voor een voorbeeld waarin bewijslevering door getuigenbewijs in een ontbindingsprocedure werd toegestaan, zie: Ktr. Bergen op Zoom 13 augustus 2013, «JAR» 2013/184.

[11](#)

HR 22 november 1996, NJ 1997/205 (Boukacem/Martinair) en EK 2013-2014, 33 818, nr. E, p. 16.

[12](#)Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, pag. 38.

[13](#)Kamerstukken I 2013-2014, 33 818, nr. C, pag. 110.

[14](#)Kamerstukken I 2013-2014, 33 818, nr. E, pag. 16.

[15](#)De wetsgeschiedenis is in dit verband overigens niet altijd eenduidig, omdat in de memorie van toelichting juist wordt opgemerkt dat toepassing van het bewijsrecht wel aangewezen kan zijn in een procedure waarin de vraag speelt of sprake is van een terecht ontslag op staande voet; zie: *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 38.

[16](#)Zie: K.G.F. van der Kraats, *ArbeidsRecht* 2014/59, ‘Bewijzen vermoeit de waarheid, althans de procedure?’.

[17](#)De term *hard and fast rules* in samenhang met de WWZ heb ik ontleend aan S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, oratie Universiteit Leiden, 5 september 2014.

[18](#)Art. 31k lid 2 (nieuw) Rv en *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 2, p. 8.

[19](#)W.J.J. Wetzels verwacht in *TAP* 2014/1, ‘Het nieuwe arbeidsprocesrecht: wordt het eenvoudiger?’, dat er in ieder geval volop bewijslevering zal worden toegestaan.

[20](#)Art. 7:686a lid 5 (nieuw) BW.

[21](#)Art. 7:685 lid 6 BW; dat deze termijn in de wet is neergelegd, neemt niet weg dat die termijn om uiteenlopende redenen in de praktijk niet altijd wordt gehaald.

[22](#)In de omstandigheid dat een werknemer onder de WWZ geen buitengerechtelijke vernietiging van het ontslag meer kan invoeren, zie ik geen belemmering voor de mogelijkheid van een vordering in kort geding; de werknemer zal bij gebreke van de mogelijkheid van buitengerechtelijke vernietiging wellicht wel zijn vordering in kort geding daarop moeten aanpassen, in die zin dat hij een voorschot op het loon vordert, in plaats van simpelweg loondoorbetaling.

[23](#)HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3533.

[24](#)*Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 34; volgens art. 358 lid 1 Rv staat tegen eindbeschikkingen in verzoekschriftprocedures, behoudens berusting, hoger beroep open, en dit geldt dus voor alle beschikkingen in het kader van de WWZ; het huidige art. 7:685 lid 11 BW, waarin is geregeld dat tegen een beschikking krachtens dat artikel geen hoger beroep kan worden ingesteld, vervalt met ingang van 1 juli 2015.

[25](#)Art. 7:683 lid 3 (nieuw) BW; ik merk nog op dat de billijke vergoeding die het hof in hoger

beroep kan toekennen een heel andere vergoeding is dan de hierna te bespreken billijke vergoeding die een werknemer onder meer na een ontslag op staande voet kan vorderen; voor de billijke vergoeding die het hof kan toekennen, is geen ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever vereist en het hof moet daarbij tot uitdrukking brengen dat die vergoeding een alternatief is voor herstel van de arbeidsovereenkomst; zie: *Kamerstukken I 2013-2014*, 33 818, nr. C, p. 115.

[26](#)Art. 7:683 lid 1 (nieuw) BW.

[27](#)Strikt genomen blijft de ontbinding van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep per definitie in stand, omdat het hof gelet op art. 7:683 lid 3 (nieuw) BW alleen de mogelijkheid heeft om de werkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen, indien hij oordeelt dat er ten onrechte is ontbonden door de kantonrechter; de regering gaat er overigens van uit dat bij een veroordeling tot herstel met ingang van de ontbindingsdatum geen sprake is van een onderbreking van de arbeidsovereenkomst; zie: *Kamerstukken I 2013-2014*, 33 818, nr. E, p. 17.

[28](#)*Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 4, p. 57 en *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 7, p. 75.

[29](#)Ik merk op dat het overigens nog de vraag is of een voorwaardelijke ontbinding wel effect kan hebben in het geval waarin een werknemer in hoger beroep herstel van de arbeidsovereenkomst vraagt en verkrijgt; verdedigbaar is de stelling dat een dergelijk herstel ertoe leidt dat de voorwaardelijke ontbinding geen werking meer heeft, omdat die ontbinding alleen de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst treft en niet de herstelde arbeidsovereenkomst.

[30](#)Een inhoudelijke complicatie bij een verzoek tot (voorwaardelijke) ontbinding in het nieuwe ontslagrecht zou nog kunnen zijn dat iedere aangevoerde ontbindingsgrond ‘voldragen’ moet zijn en dat het toekennen van een billijke vergoeding als compensatie voor een ‘onvoldragen’ ontslaggrond niet meer mogelijk lijkt; zie uitgebreid hierover S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, oratie Universiteit Leiden, 5 september 2014.

[31](#)Op grond van art. 7:671b lid 1 BW en art. 7:686a lid 2 en 3 BW, in verbin-ding met art. 282 lid 4 Rv; zie ook: TK 2013-2014, 33 988, nr. 3, p. 13-14.

[32](#)*Kamerstukken II 2013-2014*, 33 988, nr. 3, p. 4.

[33](#)*Kamerstukken I 2013-2014*, 33 818, nr. C, p. 116.

[34](#)Art. 1.3.3 Procesreglement verzoekschriftprocedures voor kantonzaken.

[35](#)*Kamerstukken II 2013-2014*, 33 988, nr. 3, p. 4 en 15.

[36](#)Zie ook: *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 7, p. 75; ik laat hier de gevolgen die een dergelijke keuze van de werknemer kan hebben voor zijn aanspraken op socialezekerheidsuitkeringen buiten beschouwing.

[37](#)*Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 4, p. 15.

[38](#)*Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 3, p. 31 en 32.

[39](#)*Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 3, p. 34.

[40](#)*Kamerstukken I 2013-2014*, 33 818, nr. C, p. 113.

[41](#)*Kamerstukken I 2013-2014*, 33 818, nr. C, p. 99.

[42](#) *Kamerstukken I 2013-2014*, 33 818, nr. C, p. 113.

[43](#)Gelet op de wetsgeschiedenis is de regering van oordeel dat bij de vaststelling van de billijke vergoeding de gevolgen van het ontslag geen rol mogen spelen, omdat daarin al wordt voorzien door de transitievergoeding, en dat de hoogte van de billijke vergoeding in relatie staat tot het ernstige verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever; zie *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 3, p. 34 en *Kamerstukken II 2013-2104*, 33 818, nr. 7, p. 91.

[44](#)Art. 7:673 lid 1 (nieuw) BW.

[45](#)Over het onderscheid tussen een ‘dringende reden’ en ‘ernstige verwijtbaarheid’, zie: B. Schouten, *TAP* 2014/1, ‘Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje’.

[46](#)Art. 7:672 lid 9 (nieuw) BW.

[47](#) De vraag of er naast de billijke vergoeding, de transitievergoeding en de vergoeding wegens onregelmatige opzegging nog andere vergoedingen mogelijk zijn, laat ik hier buiten beschouwing; ik verwijs daarvoor o.a. naar S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, oratie Universiteit Leiden, 5 september 2014.

Ingekorte versie van: [TAP 2016/3 Art. - Overzichtrelevante jurisprudentie WWZ tot 1 januari 2016](#)



Publicatie	TAP: Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
Jaargang	9
Publicatiedatum	05-02-2016
Afleveringnummer	1
Artikelnummer	3
Titel	Art. - Overzicht relevante jurisprudentie WWZ tot 1 januari 2016
Auteurs	Dekker, mr. H.B.
Trefwoorden	WWZ; jurisprudentie; ontslag; 1 januari 2016
Rubriek	Ontslag

TAP 2016(1) 3 Art. - Overzicht relevante jurisprudentie WWZ tot 1 januari 2016

In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de relevante jurisprudentie die in het kader van de WWZ tot 1 januari 2016 is verschenen. Het overzicht is per onderwerp gerubriceerd en dit betreft de volgende onderwerpen: de redelijke grond van art. 7:669 BW (met een uitwerking per ontslaggrond, waaronder de zogenoemde “Asscher-escape”), het werknemersverzoek op grond van art. 7:671c BW, de ontbinding op grond van art. 7:686 BW, de pro-formaontbinding, het ontslag op staande voet, de voorwaardelijke ontbinding, de transitievergoeding (onder andere bij twee jaar ziekte), de billijke vergoeding, de proeftijd, het concurrentiebeding en de aanzegverplichting.

Inmiddels is de WWZ voor een deel al een jaar en voor een ander deel een half jaar in werking getreden. Er is in die periode een groot aantal uitspraken gepubliceerd en daarom is het nu tijd voor een overzicht van de meest relevante uitspraken, en voor de eerste (voorzichtige) conclusies. Per onderwerp zal de meest relevante jurisprudentie worden beschreven. Het is dan ook uitdrukkelijk niet de bedoeling met dit artikel een compleet overzicht te geven van alle verschenen WWZ-rechtspraak.

Uit dit artikel zal onder andere volgen dat in de rechtspraak zeer kritisch wordt gekeken naar het bestaan van een volledig aanwezige ontslaggrond, wil ontbinding volgen. Dit blijkt onder andere uit de grote hoeveelheid afgewezen ontbindingsverzoeken. Helaas is nog geen duidelijke lijn te zien bij de beoordeling van de vraag wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen en wat de hoogte van de billijke vergoeding dan dient te zijn. In algemene zin kan wel gezegd worden dat de hoogte van de billijke vergoeding meevalt (dan wel tegenvalt, afhankelijk vanuit welk perspectief dat wordt bekeken). Het punitieve karakter van de billijke vergoeding komt nog niet voldoende uit de verf, nu in de meeste gevallen de vergoeding toch als (te) laag bestempeld kan worden. Ook is er nog geen eenduidigheid over de vraag of, en zo ja in welke gevallen, een voorwaardelijke ontbinding mogelijk is na een gegeven ontslag op staande voet. Ten slotte moet opgemerkt worden dat er (op het moment van het schrijven van dit artikel) nog geen jurisprudentie is verschenen van een van de hoven die in hoger beroep over een WWZ-kwestie moeten oordelen (laat staan dat de Hoge Raad zich daarover al heeft moeten buigen). Dat maakt dat er nog veel kan veranderen in de nabije toekomst.

Zoals aangegeven zal verder per onderwerp de relevante jurisprudentie behandeld worden. Omdat de perikelen van het overgangsrecht voor de praktijk door het verstrijken van de tijd steeds minder relevant worden, wordt die jurisprudentie niet behandeld.

Ontbindingsprocedures: redelijke grond aanwezig?

In de inleiding is al aangegeven dat er bij ontbindingsprocedures zeer kritisch wordt gekeken naar de aanwezigheid van een volledig “voldragen” redelijke grond voor ontslag zoals bepaald in art. 7:669 BW, wil een ontbinding volgen. Om die reden is het aantal afwijzende beschikkingen groter dan onder de oude wet. Nu er sprake moet zijn van één volledig voldragen ontslaggrond, kan een ‘optelling’ van (niet volledig voldragen) ontslaggronden niet meer leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Zo oordeelde de kantonrechter te Den Haag op 4 september 2015 ¹ dat een verstoorde arbeidsrelatie en disfunctioneren die elk voor zich niet voldoende zijn voor ontslag, niet alsnog tezamen een ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen rechtvaardigen. Er moet dus duidelijk per ontslaggrond worden aangevoerd waarom een ontbinding moet volgen. Ook de kantonrechter te Amsterdam oordeelde (enigszins) vergelijkbaar op 30 september 2015 ² ten aanzien van de vier aangevoerde ontslaggronden die alle op hetzelfde feitencomplex berustten (met vakantie gaan zonder toestemming van de werkgever). In dat kader wordt ook verwezen naar de uitspraak van de kantonrechter Enschede van 16 oktober 2015. ³ Op zich kunnen meerdere ontslaggronden wel degelijk gebaseerd worden op één bepaald feitencomplex, maar uit deze uitspraken volgt dat dit dan wel voldoende duidelijk per ontslaggrond door de werkgever moet worden onderbouwd.

Vervolgens zal nu per ontslaggrond een aantal relevante uitspraken worden behandeld, waarbij wordt opgemerkt dat in veel procedures (terecht) meerdere ontslaggronden worden aangevoerd die niet bij alle uitspraken aan de orde zullen komen. Er zijn mij overigens geen uitspraken bekend waarbij ontbinding op de andere dan de hier behandelde ontslaggronden van art. 7:669 lid 3 is verzocht.

g-grond (verstoorde arbeidsverhouding)

Vooraf ontbindingsverzoeken op de ‘g-grond’ (art. 7:669 lid 3 sub g BW, de verstoorde arbeidsverhouding) zijn regelmatig afgewezen omdat er naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever niet kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Oftewel de werkgever moet zich aantoonbaar hebben ingezet om de verstoorde arbeidsverhouding op te lossen. Uit de rechtspraak volgt in ieder geval dat het in dat kader niet voldoende is dat er een mediationtraject (zonder succes) is gevolgd.

Zo oordeelde onder andere de kantonrechter Leeuwarden op 18 november 2015, ⁴ dat er geen reden was voor een ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding, ook al was al tweemaal door partijen een mediationtraject gevolgd. De betreffende werknemer was uitgevallen wegens spanningsklachten, waardoor van de werkgever meer werd verwacht om het probleem op te lossen. Een ander voorbeeld is de uitspraak van de kantonrechter Roermond van 2 oktober 2015. ⁵ Ook in die zaak was sprake van een zieke werknemer en was er een mediationtraject gevolgd. Er volgde geen ontbinding omdat niet voldoende kwam vast te staan dat de gestelde vertrouwensbreuk aanwezig zou zijn (de betreffende werknemer zou een relatie met een collega zijn aangegaan, maar dit was al twee jaar geleden gebeurd en de betreffende collega was inmiddels vertrokken).

Ook indien de verstoorde arbeidsrelatie in overwegende mate aan de werkgever wordt verweten, volgt er geen ontbinding. Zo oordeelde de kantonrechter Assen op 24 september 2015. ⁶ De werkgever had in die zaak te lang niet ingegrepen om de problemen tussen de werknemers onderling op te lossen. Ook de kantonrechter Utrecht kwam op 21 december 2015 ⁷ tot een afwijzing omdat de werkgever in overwegende mate een verwijt kon worden gemaakt van het ontstaan van de verstoorde arbeidsverhouding. De werknemer werd door de werkgever verweten meer gericht te zijn op zijn eigen prestatie dan op de teamprestatie, en de werknemer zou niet mee

willen werken aan de door de werkgever gestelde ontwikkelpunten. De ontwikkelpunten volgden echter uiteindelijk niet voldoende duidelijk uit de beoordelingen. Ook in deze zaak had mediationtraject plaatsgevonden, maar het beëindigen van dat traject kon niet direct leiden tot een verstoorde arbeidsverhouding. Daarbij was volgens de kantonrechter niet voldoende bekeken of herplaatsing nog mogelijk was.

De persoonlijke omstandigheden van een werknemer en een zeer lang dienstverband kunnen eveneens leiden tot afwijzing van een ontbindingsverzoek op de g-grond. De kantonrechter Amsterdam oordeelde op 16 december 2015 ⁸ dat vanwege dergelijke omstandigheden op de werkgever een verhoogde zorgplicht rustte om de werknemer in dienst te houden. De werknemer was 29 jaar in dienst (waarvan 25 jaar een vlekkeloos dienstverband), had medische beperkingen en door het overlijden van zijn vader werd de werknemer niet meer geholpen met zijn financiën, waardoor het aannemelijk was dat (mede) daardoor een depottekort was ontstaan (en dat was reden voor de werkgever om de arbeidsovereenkomst te eindigen). De kantonrechter oordeelde dat de werknemer een laatste kans moest krijgen.

Een afwijzing van een ontbindingsverzoek op de g-grond was ook aan de orde in de uitspraak van de kantonrechter Den Haag van 20 november 2015. ⁹ Hier werd door de kantonrechter geoordeeld dat een werknemer zich met alle middelen mag verweren tegen een ontslag en dat dit niet kon leiden tot een verstoorde arbeidsverhouding. Hierbij is nog wel van belang dat de kantonrechter constateerde dat er geen conflict was met de dagelijks leidinggevende.

Een voorbeeld dat een verzoek op basis van de g-grond wel werd toegewezen is de uitspraak van de kantonrechter Den Haag van 22 oktober 2015. ¹⁰ De werknemer werd meerdere verwijten gemaakt. Er was kritiek op het functioneren en de houding van de werknemer, de werknemer zou zich niet houden aan het verzuimprotocol en was daarnaast verantwoordelijk voor het ontstaan van een kastekort. Het aanbod van coaching werd door de werknemer niet aanvaard en de houding van de werknemer bleef ongewijzigd. Dat alles leidde volgens de kantonrechter tot een dermate verstoorde verstandhouding dat van de werkgever niet kon worden verlangd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Over een transitie- en/of billijke vergoeding heeft de kantonrechter zich niet uitgelaten, waarbij uit de uitspraak ook niet volgt dat daar namens de werknemer een verzoek toe is gedaan (het is aan te raden daar als werknemer subsidiair – naast primair een afwijzing van het ontbindingsverzoek – een tegenverzoek voor te doen).

De kantonrechter Rotterdam moest wel een oordeel geven over de transitie- en/of billijke vergoeding in een uitspraak van 30 september 2015. ¹¹ De arbeidsovereenkomst werd in die zaak wegens een verstoorde arbeidsverhouding ontbonden, omdat de werknemer de goede naam van de werkgever had beschadigd door met collega's te delen dat de werkgever "aan haar had gezeten". De werknemer erkende echter ook de aanrakingen niet als seksueel intimiderend te hebben ervaren, maar zij zou heftig afwijkend hebben gereageerd door haar traumatische verleden. Door het te korte dienstverband was er geen plaats voor toekenning van de transitievergoeding, en een billijke vergoeding werd evenmin toegekend omdat de werkgever niet ernstig verwijtbaar had gehandeld.

Ook wordt nog de uitspraak van de kantonrechter Den Bosch van 22 september 2015 ¹² aangehaald. Hier had de werkgever gebruikgemaakt van een nietig proeftijdbeding. Dat had geleid tot een vernietiging van de opzegging ex art. 7:681 lid 1 BW op verzoek van de werknemer. De werkgever had bij voorwaardelijk tegenverzoek ontbinding van de arbeidsovereenkomst op basis van de g-grond gevraagd. Dit ontbindingsverzoek werd toegewezen. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld, door de arbeidsovereenkomst eigenlijk vanwege een ziekmelding te willen beëindigen. De werkgever had de arbeidsongeschiktheid in twijfel getrokken, maar het is aan de bedrijfsarts om daar een oordeel over te geven. De werkgever werd dan ook een ernstig verwijt gemaakt dat de arbeidsverhouding was verstoord. Om die reden werd een billijke vergoeding aan de werknemer toegekend (art. 7:671b lid 8 sub c BW). De transitievergoeding bedroeg €1.737 en de billijke vergoeding bedroeg €2.000.

Tot slot de uitspraak van de kantonrechter Amsterdam van 15 december 2015 ¹³. De kantonrechter kwam ook hier tot het toekennen van een billijke vergoeding, omdat de arbeidsverhouding door toedoen van de werkgever was verstoord op grond waarvan de arbeidsovereenkomst werd ontbonden. De werknemer werd na de overname van de zaak van de werkgever minder uren ingeroosterd en kreeg minder loon betaald dan waar hij recht op had. Toen de werknemer zich daartegen verzette heeft de werkgever het conflict tussen partijen laten escaleren. Dit leidde tot ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever en de werknemer kreeg een billijke vergoeding toegekend van €3000, naast een transitievergoeding van afgerond €6200.

d-grond (disfunctioneren)

Ontbindingsverzoeken die (al dan niet primair) zijn gestoeld op de ‘d-grond’ (art. 7:669 lid 3 sub d BW, disfunctioneren) worden eveneens regelmatig afgewezen. Naast het aantoonbaar maken dat de werknemer ongeschikt is voor de bedongen arbeid, moet de werkgever ook aantonen dat de werknemer hiervan tijdig in kennis is gesteld en in voldoende mate in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren (en er geen sprake van is dat de ongeschiktheid het gevolg is van onvoldoende scholing en/of de arbeidsomstandigheden en/of ziekte van de werknemer). Oftewel: er moet door de werkgever een voldoende duidelijk disfunctioneringsdossier zijn opgebouwd. Uit de rechtspraak tot nu toe volgt dat met name aan het aanbieden van begeleiding en/of coaching veel waarde wordt gehecht, wil de kantonrechter tot ontbinding overgaan.

Als een werkgever dat heeft gedaan dan wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden, zo volgt onder andere uit de uitspraak van de kantonrechter Leeuwarden van 22 juli 2015. ¹⁴ Vanaf 2007/2008 hadden er verschillende coachingstrajecten, verbetertrajecten en evaluaties plaatsgevonden. Ook was de werknemer overgeplaatst naar een andere school, maar dit alles had niet geleid tot een verbetering van het functioneren. Deze ondernomen pogingen van de werkgever waren voor de kantonrechter voldoende om de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren te ontbinden (en een transitievergoeding was niet aan de orde omdat de werknemer op basis van de van toepassing zijnde cao een bovenwettelijke uitkering toekwam). Dat een verbetertraject ook korter kan duren blijkt uit de uitspraak van de kantonrechter Zutphen van 17 september 2015. ¹⁵ De zorgen over het functioneren van de werknemer bestonden vanaf begin 2014. Er had een assessment plaatsgevonden waaruit aandachtspunten waren gekomen en de werknemer had een coachingstraject doorlopen, maar verbetering bleef desalniettemin uit. Dat alles was voldoende voor de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden (waarbij de werknemer wel in aanmerking kwam voor de transitievergoeding, nu er geen sprake was van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werknemer). Een vergelijkbare uitspraak betreft die van de kantonrechter Groningen van 20 november 2015. ¹⁶ Daar was het verbetertraject in oktober 2014 gestart, waarbij concrete afspraken waren gemaakt op welke punten het functioneren diende te verbeteren en er regelmatig een tussentijdse evaluatie had plaatsgevonden. De kantonrechter achtte de d-grond aanwezig en ontbond de arbeidsovereenkomst, waarbij de werknemer de transitievergoeding toekwam.

In algemene zin kan dus gezegd worden dat een werknemer bij een ontbinding wegens disfunctioneren in aanmerking komt voor de transitievergoeding, omdat er niet snel wordt aangenomen dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer.

Als er niet voldoende concreet een verbetertraject is afgesproken waaruit voor de werknemer duidelijk wordt op welke punten de verbetering dient plaats te vinden, dan kan dat tot afwijzing van het ontbindingsverzoek leiden. Dit volgt uit de uitspraak van de kantonrechter Utrecht van 5 oktober 2015. ¹⁷ De werkgever had in deze zaak een verbeterplan opgesteld, maar dit bevatte geen heldere afspraken maar eerder een “allesomvattend voorschrift” over de wijze waarop de werkzaamheden uitgeoefend dienden te worden. Dit was volgens de kantonrechter niet voldoende voor een ontbinding wegens disfunctioneren.

Geen d-grond, wel g-grond? “Asscher-escape”

Als een werkgever ten onrechte heeft aangestuurd op beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren omdat die ontslaggrond niet voldragen is, kan deze actie van de werkgever leiden tot een verstoorde arbeidsverhouding. Minister Asscher heeft aangegeven dat dit een situatie betreft waarin de werkgever ernstig verwijtbaar handelt en de werknemer dus aanspraak kan maken op de billijke vergoeding.¹⁸ Deze mededeling van de minister is door prof. mr. dr. S.F. Sagel betiteld als de “Asscher-escape” en inmiddels is in de rechtspraak al een aantal voorbeelden te vinden van deze Asscher-escape.

Allereerst de uitspraak van de kantonrechter Leeuwarden van 25 november 2015.¹⁹ De werkgever had de werknemer (voor haar ziekte) niet (formeel) aangesproken op haar functioneren, laat staan de werknemer in de gelegenheid gesteld het functioneren te verbeteren. De werkgever erkende de werknemer nimmer formeel op disfunctioneren te hebben aangesproken, en gaf ook aan bij geen van de werknemers aan formele beoordelingen en/of dossiervorming te doen. Een ontbinding wegens disfunctioneren werd dan ook afgewezen. Op de subsidiair aangevoerde g-grond, volgde echter wel een ontbinding. De arbeidsverhouding was volgens de kantonrechter enkel door ernstig verwijtbaar handelen van werkgever verstoord geraakt en dit leidde tot het toekennen van een billijke vergoeding van €2.500 bruto (naast de transitievergoeding van afgerond €15.000 bruto). Hetzelfde geldt voor de uitspraak van de kantonrechter Alkmaar,²⁰ waar sprake was van een vergelijkbare situatie. In dat geval kende de kantonrechter een billijke vergoeding toe van €8.000 bruto naast een transitievergoeding van €20.000 bruto.

De uitspraak van de kantonrechter Amsterdam van 7 december 2015²¹ was enigszins vergelijkbaar, maar de toegekende billijke vergoeding was aanmerkelijk hoger. Van belang bij deze uitspraak is dat de werkgever eerst bij de kantonrechter Gouda een afwijzende beschikking had gekregen naar aanleiding van een daar ingediend ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren. Vervolgens had de werkgever nagelaten een serieus verbetertraject te starten en was de werknemer geen eerlijke kans geboden een verbetering te realiseren. Om die reden volgde ook bij de kantonrechter te Amsterdam geen ontbinding wegens disfunctioneren. Wel werd er een verstoorde arbeidsverhouding aangenomen, die enkel wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever was ontstaan. Dit vanwege het onverminderd aansturen op een beëindiging wegens disfunctioneren zonder de werknemer een redelijke kans te geven. Ook had de werkgever onvoldoende rekening gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zijnde de zorg voor zijn zieke vrouw en kinderen naast zijn fulltime dienstverband. Ook het feit dat de werknemer was geschorst zonder behoud van loon terwijl daar geen reden voor was (deze maatregel was aangekondigd als de werknemer niet op een gesprek zou komen, en de werknemer was wel verschenen), werd de werkgever ernstig verweten. Het een en ander leidde tot een billijke vergoeding van €40.000 bruto, naast de transitievergoeding van €18.353 bruto.

Ook de uitspraak van de kantonrechter Alkmaar van 18 december 2015²² wordt hier genoemd. De werkgever verzocht ontbinding wegens disfunctioneren, maar de overeenkomst werd ontbonden wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Aan het ontstaan daarvan was veel voorafgegaan, waarbij de werkgever naar het oordeel van de kantonrechter ernstig verwijtbaar had gehandeld. De werknemer had geen reële kans gekregen het functioneren te verbeteren en werd gedwongen vanuit een andere locatie te gaan werken. Ook was de werknemer op staande voet ontslagen, maar dit was later weer ingetrokken, had er een loonstop plaatsgevonden zonder dat de werknemer was gehoord en waren er meerdere beëindigingsovereenkomsten aangeboden. Dit alles maakte dat de werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld en naast de transitievergoeding van (afgerond) €3.300 bruto, werd een billijke vergoeding toegekend van €15.000 bruto.

Als laatste voorbeeld wordt hier de uitspraak van de kantonrechter Alkmaar van 4 november 2015²³ genoemd. Deze zaak verschilt enigszins omdat hier enkel ontbinding werd verzocht wegens een verstoorde arbeidsverhouding (de g-grond) en dus niet in eerste instantie wegens disfunctioneren (de d-grond). De verstoorde arbeidsverhouding werd echter ook in deze zaak aangenomen omdat de werkgever ten onrechte de werknemer vijf weken na de indiensttreding op non-actief had gesteld

wegens disfunctioneren, terwijl de werknemer niet was medegedeeld waar het disfunctioneren uit zou bestaan, laat staan dat hem de kans was geboden om middels een traject een verbetering te realiseren. Het ontstaan van een niet meer te herstellen arbeidsverhouding leidde dan ook tot ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, waardoor een billijke vergoeding aan de orde was. Deze werd vastgesteld op een bedrag van €15.000 bruto (gelijk aan drie brutomaandsalarissen). Daarnaast ontving de werknemer een transitievergoeding van ruim €30.000 bruto, terwijl de oplettende lezer zich realiseert dat het dienstverband daarvoor te kort was. Er was echter sprake van opvolgend werkgeverschap in de zin van art. 7:673 lid 4 sub b BW. Er had een doorstart plaatsgevonden en de werknemer was daarna soortgelijke werkzaamheden blijven verrichten. De eerdere dienstjaren telden dus mee, waarbij nog opgemerkt wordt dat art. 7:673 lid 4 sub b BW bepaalt dat het er niet toe doet of de werkgever inzicht had in de wijze waarop de werknemer de werkzaamheden voor de doorstart verrichtte.

e-grond (verwijtbaar handelen)

Er is al een groot aantal uitspraken geweest naar aanleiding van ontbindingsverzoeken op basis van de 'e-grond' (art. 7:669 lid 3 sub e BW). Er dient dan sprake te zijn van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zodanig dat van de werkgever niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Daarbij valt op dat bij een ontbinding op de e-grond de werknemer vaak aanspraak kan maken op de transitievergoeding. De transitievergoeding is namelijk pas niet aan de orde indien er sprake is van *ernstig* verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (art. 7:673 lid 7 sub c BW). Die lat ligt dus hoog, waarbij nog wordt verwezen naar de voorbeelden hiervan zoals in de memorie van toelichting genoemd.²⁴ Voldoende reden dus om namens de werknemer in ieder geval als tegenverzoek, ook bij een ontbindingsverzoek op de e-grond, aanspraak te maken op de transitievergoeding. Daarbij dient ook art. 7:673 lid 8 BW in ogenschouw te worden genomen. Uit dit artikel volgt dat de transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen wel (gedeeltelijk) kan worden toegekend, indien het niet toekennen daarvan naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Een voorbeeld van een ontbinding op de e-grond, met toekenning van de transitievergoeding is de uitspraak van de kantonrechter Arnhem van 30 oktober 2015.²⁵ De werknemer voldeed niet aan de re-integratieverplichtingen, want zij weigerde passende arbeid te verrichten. De opgevoerde reden daarvoor (dat het niet mogelijk zou zijn vanwege te dure opvang voor haar kinderen), bleek niet het daadwerkelijke probleem te zijn, want de werknemer gaf aan ook bij betaalbare opvang niet bereid te zijn geweest de passende arbeid te gaan verrichten. Dat leidde tot verwijtbaar handelen, dan wel nalaten van de werknemer, maar niet zodanig ernstig dat de transitievergoeding niet aan de werknemer zou toekomen. Vergelijkbaar is de uitspraak van de kantonrechter Tilburg van 23 november 2015,²⁶ waarbij het verstrekken van de juiste antwoorden aan leerlingen door een docent als ernstig verwijtbaar handelen werd beschouwd, maar ook hier toch aan de transitievergoeding werd toegekomen. Als reden daarvoor werd de uitzondering van art. 7:673 lid 8 BW genoemd, zijnde het toch (gedeeltelijke) toekennen van een transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen, indien het niet toekennen daarvan naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Uit de memorie van toelichting²⁷ volgt dat een relatief kleine misstap na een heel lang dienstverband als een zodanige omstandigheid kan worden gezien, en de kantonrechter meende dat daar in deze zaak sprake van was. Dat de rechtspraak erg casuïstisch is volgt uit de uitspraak van de kantonrechter Alkmaar van 14 oktober 2015.²⁸ Daar werd geen verwijtbaar handelen aangenomen bij een docent die een toets, na het afleggen daarvan, ter plekke had nagekeken en had aangegeven dat leerlingen nog aanpassingen moesten doen. Daarbij hadden de leerlingen briefjes met steekwoorden mogen gebruiken. Dit alles was in strijd met het van toepassing zijnde examenreglement, maar toch volgde er geen ontbinding wegens verwijtbaar handelen.

Ook bij een ontbinding op de e-grond wegens het wegnemen van alcohol, werd wel de transitievergoeding toegekend door de kantonrechter Amsterdam bij beschikking van 17 december

2015.²⁹ Het wegnemen van alcohol werd gezien als verwijtbaar handelen. De grens van ernstig verwijtbaar handelen werd echter niet bereikt omdat het volgens de kantonrechter aannemelijk was dat sprake was van een alcoholprobleem en dan kan van een werkgever worden verwacht de werknemer te ondersteunen bij het oplossen van het probleem. Hoewel dus desalniettemin ontbinding volgde, kreeg de werknemer om die reden wel de transitievergoeding toegekend. De kantonrechter te Rotterdam oordeelde op 2 november 2015³⁰ dat er ook sprake was van verwijtbaar handelen in het geval de werknemer (werkzaam in de kinderopvang) bij een uitstapje op een warme zomerse dag, een peuter in de auto was vergeten. Ook dit werd echter niet als ernstig verwijtbaar handelen beschouwd, dus ook deze werknemer kwam in aanmerking voor de transitievergoeding. Ten slotte de uitspraak van de kantonrechter Den Haag van 9 oktober 2015,³¹ waarbij het verwijtbaar handelen aanwezig werd geacht door klantvriendelijk gedrag omdat een telefoongesprek van de werknemer uit de hand was gelopen. Dit leidde echter niet tot ernstig verwijtbaar handelen zodat ook hier de transitievergoeding werd toegekend.

De transitievergoeding werd niet toegekend aan een werknemer die weigerde het werk te hervatten nadat de bedrijfsarts de werknemer weer arbeidsgeschikt had verklaard. Ook een loonopschorting had niet geleid tot hervatting van het werk. Daarbij volgde uit de door de werknemer aangevraagde second opinion bij het UWV, dat de werknemer niet arbeidsongeschikt was. De kantonrechter Zaanstad oordeelde op 26 november 2015³² dat het desalniettemin niet hervatten van het werk verwijtbaar handelen van de werknemer opleverde, zelfs ernstig verwijtbaar handelen. Daardoor kwam de werknemer niet in aanmerking voor de transitievergoeding. Vergelijkbaar is de uitspraak van de kantonrechter Alkmaar van 28 september 2015,³³ waarbij nog wordt opgemerkt dat de werknemer in die zaak geen tegenverzoek had gedaan waarbij aanspraak werd gemaakt op de transitievergoeding. De werkgever had om ontbinding verzocht zonder toekenning van een transitievergoeding en de kantonrechter begrijpt dat verzoek als een verzoek tot een verklaring voor recht dat er geen transitievergoeding is verschuldigd. Deze verklaring voor recht wordt door de kantonrechter gegeven.

Ook de intrekking van een verklaring van geen bezwaar door de AIVD, na een strafrechtelijke veroordeling, leidde volgens de kantonrechter Groningen tot (ernstig) verwijtbaar handelen. Bij uitspraak van 29 oktober 2015³⁴ werd de arbeidsovereenkomst ontbonden en de transitievergoeding niet toegekend.

h-grond (andere omstandigheden)

Er zijn twee uitspraken te noemen waarbij ontbinding is verkregen op de 'h-grond' (art. 7:669 lid 3 sub h BW), zijnde de andere omstandigheden dan de in sub a t/m g genoemde gronden, waardoor van de werkgever in redelijk niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat dit niet een restcategorie betreft waaronder alle andere niet in sub a t/m g benoemde ontslaggronden kunnen worden geschaard.³⁵ Dit zouden enkel uitzonderlijke overige omstandigheden kunnen zijn.

De kantonrechter Amsterdam heeft bij beschikking van 2 december 2015³⁶ de ontbinding op de h-grond uitgesproken. De werkgever had eveneens de ontbinding op de d- en/of g-grond verzocht, maar die gronden werden niet aanwezig geacht. Wel meende de kantonrechter dat er sprake was van een verschil van inzicht, nu er aannemelijk gemaakte kritiek was op het functioneren, maar de werknemer (bestuurder van een stichting) de kritiek niet herkende en zich in plaats daarvan niet voldoende gewaardeerd zag. Dit leidde volgens de kantonrechter tot miskennis van de kritiek van het bestuur van de stichting, hetgeen vanwege de positie van een directeur, de aanwezigheid van de h-grond tot gevolg had. De werknemer kwam niet in aanmerking voor de transitievergoeding wegens een te kort dienstverband. Ook was er geen reden voor het toekennen van een billijke vergoeding, nu de werkgever niet ernstig verwijtbaar had gehandeld.

De situatie waarin de werknemer vermist is, heeft eveneens geleid tot een ontbinding op de h-grond, getuige de uitspraak van de kantonrechter Utrecht van 22 december 2015.³⁷ De werknemer was in december 2014 voor een behandeling in het ziekenhuis opgenomen geweest, maar was daarna op de afgesproken dag niet verschenen om het werk te hervatten. De werkgever had van de broer van de werknemer vernomen dat de werknemer als vermist was opgegeven. De arbeidsovereenkomst had sindsdien nog doorgelopen, maar vanwege de inmiddels lange periode die was verstreken achtte de kantonrechter ontbinding op de h-grond aan de orde. Ten aanzien van de transitievergoeding overwoog de kantonrechter nog dat de werknemer daar aanspraak op zou kunnen maken binnen de in art. 7:686a lid 4 BW genoemde termijn van drie maanden na de ontbindingsdatum.

Pro-formaontbinding nog mogelijk?

Ten tijde van de oude wet kon vrij eenvoudig via een pro-formaontbindingsprocedure een ontbindingsbeschikking worden verkregen, waarbij per de door partijen gewenste datum werd ontbonden en de overeengekomen vergoeding werd toegekend. De vraag is of dit onder de WWZ ook mogelijk is gebleven, waarbij de volgende deelvragen spelen:

- Kan de kantonrechter onder de WWZ meewerken aan een pro-formaontbinding omdat de kantonrechter op grond van art. 7:671 lid 2 BW alleen kan ontbinden als aan de voorwaarden van art. 7:669 BW is voldaan (en de kantonrechter dus zelf moet constateren of aan de herplaatsingsplicht is voldaan en of er een redelijke grond voor ontbinding aanwezig is)?
- Kan de kantonrechter een andere vergoeding dan de transitievergoeding toekennen, omdat voor de billijke vergoeding (door de kantonrechter geconstateerd) ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werkgever aanwezig moet zijn?
- Kan de kantonrechter op een langere termijn dan de van toepassing zijnde opzegtermijn de ontbinding uitspreken, nu art. 7: 671b lid 8 BW voorschrijft dat de arbeidsovereenkomst eindigt per de datum dat de overeenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd (minus de proceduretijd)?
- Kan een pro forma ontbinding op grond van art. 96 Rv plaats vinden?

Uit de grote hoeveelheid rechtspraak (omstreeks twintig pro-formaontbindingen tot 1 januari 2016) op dit punt volgt dat ook bij een pro-formaontbindingsprocedure de kantonrechter tot ontbinding overgaat als beide partijen dit verzoeken.⁴⁴ In twee zaken volgde een afwijzing. Allereerst de kantonrechter te Amsterdam op 10 augustus 2015,⁴⁵ aangezien hier (pro forma) ontbinding werd verzocht op grond van art. 7:669 lid 3 sub a BW (reorganisatie) en daarvoor de weg naar de kantonrechter niet openstaat (tenzij het UWV al een afwijkende beschikking had gegeven, waarvan niet was gebleken).

Daarnaast de kantonrechter Utrecht in een uitspraak van 28 augustus 2015,⁴⁶ waarbij een pro-formaontbinding (primair) op basis van art. 96 Rv werd verzocht. De kantonrechter wees dit verzoek af omdat er in feite geen geschil meer was nu partijen het al volledig met elkaar eens waren en dan kan aan art. 96 Rv niet worden toegekomen. Wel werd de pro-formaontbinding op basis van art. 7:671c BW toegewezen, zijnde het subsidiaire verzoek. De kantonrechter te Rotterdam acht een pro-formaontbinding op basis van art. 96 Rv daarentegen wel mogelijk, en hierbij wordt opgemerkt dat een verzoek ex art. 96 Rv bij een kantonrechter ter vrije keuze kan worden ingediend (dus op basis van die keuze kan bij een kantonrechter worden uitgekomen die een pro-formaontbinding op grond van art. 96 Rv uitspreekt). In de uitspraak van 13 augustus 2015⁴⁷ oordeelde de kantonrechter Rotterdam echter ook dat er geen mogelijkheden zijn een andere vergoeding toe te kennen dan de transitievergoeding, en dus kon de hogere overeengekomen vergoeding niet in het petitum worden toegekend aan de werknemer. De kantonrechter koos er daarom voor om in het petitum aan te geven dat de kantonrechter “verstaat” dat de werkgever aan de werknemer de overeengekomen vergoeding zal betalen (hetgeen uiteraard geen executoriale titel oplevert). Dit is inmiddels ook bij pro-

formaverzoeken op grond van art. 7:671b BW de gebruikelijke gang van zaken bij de Rechtbank Rotterdam.⁴⁸

In het kader van een pro-formaontbinding waarbij ontbinding op een langere termijn dan de opzegtermijn werd verzocht, kwam de kantonrechter Almelo bij beschikking van 30 juli 2015⁴⁹ tot het oordeel dat een dergelijke latere ontbindingsdatum niet mogelijk was gezien het bepaalde in art. 7:671b lid 8 BW. In die zaak werd dit door partijen opgelost door alsnog contractueel een langere opzegtermijn overeen te komen waardoor er bij beschikking van 25 augustus 2015⁵⁰ alsnog een ontbinding volgde per de door partijen gewenste datum. De vraag is uiteraard of een dergelijke strikte lezing van art. 7:671b lid 8 BW wel gewenst is als partijen gezamenlijk een latere einddatum wensen, en dit vooral in het belang van de werknemer is. Daarbij zou ook gezegd kunnen worden dat een opzegging met een langere opzegtermijn in ieder geval toch ook een regelmatige opzegging is. Om er in ieder geval zeker van te zijn dat de ontbinding per de latere overeengekomen einddatum plaatsvindt is het aan te bevelen vooraf de langere opzegtermijn contractueel overeen te komen.

De kantonrechter Dordrecht werkte wel mee aan een latere einddatum dan de opzegtermijn.⁵¹ Dit betrof een inhoudelijke procedure waarbij partijen op de zitting overeenstemming bereikten. Naast een latere einddatum kende de kantonrechter in de beschikking van 23 september 2015 ook een aanvullende vergoeding naast de transitievergoeding toe. De werknemer had daartoe een verzoek ex art. 686a BW ingediend en door gehoor te geven aan dit tegenverzoek werd de overeengekomen hogere vergoeding dus toch in het petitum opgenomen.

Als partijen derhalve een (voorafgaand aan de pro-formaprocedure of een ter zitting) overeengekomen (hogere) vergoeding in het petitum van de beschikking opgenomen wensen te krijgen, is het aan te bevelen dat de werknemer bij tegenverzoek het verzoek doet de tussen partijen contractueel overeengekomen vergoeding toe te kennen. De werkgever moet dan nog wel een verweer naar aanleiding van het tegenverzoek doen/indienen, waaruit volgt dat partijen de hogere vergoeding inderdaad zijn overeengekomen. Deze mogelijkheid kan ook gebruikt worden om andere vormen van overeengekomen vergoeding in het petitum opgenomen te krijgen (zoals bijvoorbeeld kosten voor outplacement, kosten van rechtsbijstand, etc.).

Ontslag op staande voet

De rechtspraak is onder de WWZ niet gewijzigd ten aanzien van de beoordeling of bij een ontslag op staande voet de processuele aspecten wel in acht zijn genomen en of er sprake is van een dringende reden, nu op die onderdelen geen wijzigingen hebben plaatsgevonden. Die feitelijke (en zeer casuïstische) beoordeling hiervan wordt buiten beschouwing gelaten.

Wel is de te volgen route na een ontslag op staande voet (voor zowel werknemer als werkgever) veranderd. Zo moet een werknemer binnen twee maanden na het gegeven ontslag op staande voet een verzoek tot vernietiging van de opzegging, of het toekennen van een billijke vergoeding, bij de kantonrechter hebben ingediend (art. 7:681 lid 1 BW en art. 7:686a lid 4 sub a onder 2 BW). Doet een werknemer dat niet (tijdig) dan is het ontslag een gegeven, maar dan zou er nog wel aanspraak gemaakt kunnen worden op de transitievergoeding ex art. 7:673 BW omdat daarvoor een termijn van drie maanden geldt (art. 7:686a lid 4 sub b BW).

De kantonrechter Leeuwarden was ten aanzien van de eis tot tijdige indiening van een verzoek tot vernietiging soepel in de uitspraak van 16 december 2015.⁵² De werknemer had namelijk niet een verzoek tot vernietiging ingediend, maar enkel schriftelijk verweer gevoerd tegen het voorwaardelijke ontbindingsverzoekschrift van de werkgever. De kantonrechter heeft dat verweer “uit praktische overwegingen” verstaan als een tegenverzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet. De vraag is of dat wel mogelijk is, nu in art. 7:681 lid 1 BW duidelijk is bepaald dat er een verzoek tot vernietiging van de opzegging (of toekenning van een billijke vergoeding) moet

worden ingediend. Overigens oordeelde de kantonrechter in deze zaak dat het ontslag op staande voet geen stand kon houden en de voorwaardelijke ontbinding werd afgewezen.

In de zaak bij de kantonrechter Amsterdam van 17 december 2015 ⁵³ was na een ontslag op staande voet namens de werknemer niet tijdig een verzoek tot vernietiging van de opzegging ex art. 7:681 lid 1 BW ingediend. Er was wel binnen de vervalttermijn van twee maanden (van art. 7:686a lid 4 sub a BW) een kort geding gestart waarbij als voorlopige voorzieningen een voorschot op het salaris en wedertewerkstelling werd gevorderd. De behandeling daarvan vond plaats na verloop van de vervalttermijn van twee maanden. Namens de werknemer werd daags na het verstrijken van de vervalttermijn met een beroep op art 69 Rv verzocht van spoor te wisselen en de kort geding dagvaarding aan te merken als een tijdig ingediend verzoekschrift tot vernietiging van het gegeven ontslag. Dit verzoek was niet toewijsbaar want in de kort geding dagvaarding was geen vernietiging van het ontslag gevorderd en de voorlopige voorzieningen waren niet verkeerd ingeleid met een dagvaarding, reden waarom er geen aanleiding was voor de verzochte spoorwissel. De gevorderde voorlopige voorzieningen werden afgewezen aangezien er geen tijdig verzoek tot vernietiging van de opzegging was ingediend en het ontslag op staande voet daarmee een gegeven was geworden.

Een andere kwestie die bij een ontslag op staande voet onder de WWZ is gaan spelen, is de vraag of er bij een niet rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet, naast een billijke vergoeding (ex art. 7:681 lid 1 BW) ook een vergoeding wegens een onregelmatige opzegging (ex art. 7:672 lid 9 BW) mogelijk is (en daarbij speelt de beperking van de matiging van art. 7:672 lid 10 BW een rol). De kantonrechter Maastricht oordeelde in een verstekzaak op 16 december 2015 ⁵⁴ dat dit mogelijk is. Door het ontbreken van verweer stond de gestelde opzegging tegen de eerdere dag vast en de werknemer beperkte haar vordering tot de ondergrens van drie maanden ex art. 7:672 lid 10 BW. Dat werd toegewezen. Ook stond vast dat de gedane opzegging niet rechtsgeldig was geschied en dat leidde tot een billijke vergoeding van €500 bruto.

Op dezelfde wijze werd geoordeeld door de kantonrechter Arnhem in geval van een opzegging zonder instemming (waarbij de werknemer dus eveneens een beroep deed op art. 7:671 lid 1 BW). Op 16 oktober 2015 ⁵⁵ oordeelde de kantonrechter dat ook in deze situatie een billijke vergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging elkaar niet uitsluiten (waarbij aansluiting werd gezocht bij de oude rechtspraak, waaruit volgde dat een beëindiging zowel onregelmatig als kennelijk onredelijk kon zijn). Beide (soorten) vergoedingen werden dan ook toegewezen.

De kantonrechter Arnhem oordeelde op 11 november 2015 ⁵⁶ dat bij toekenning van een vergoeding wegens onregelmatige opzegging op basis van art. 7:672 lid 9 BW, het niet billijk is ook nog een billijke vergoeding op basis van art. 7:681 lid 1 BW toe te kennen. Deze zaak betrof een ontslag op staande voet van een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dit ontslag werd vernietigd, waarbij aan de werknemer de verzochte vergoeding op grond van art. 7:672 lid 9 BW werd toegekend, bestaande uit het salaris over de resterende periode van de arbeidsovereenkomst. De werknemer maakte daarnaast ook aanspraak op een billijke vergoeding ex art. 7:681 lid 1 BW, eveneens bestaande uit het salaris over de resterende periode van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter achtte het in dit geval niet billijk ook nog een (dezelfde) billijke vergoeding toe te kennen naast de al toegekende vergoeding in het kader van art. 7:672 lid 9 BW.

Over het toekennen van een billijke vergoeding in geval van een niet rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet is de rechtspraak eenduidig. Voor het toekennen van een billijke vergoeding op basis van art. 7:681 lid 1 BW, moet volgens de parlementaire geschiedenis ⁵⁷ ook in dit wetsartikel de eis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever worden gelezen. Uit dezelfde parlementaire geschiedenis volgt dat een gegeven ontslag op staande voet waarbij de geldende voorschriften niet zijn nageleefd en de opzegging dus in strijd met art. 7:681 lid 1 BW is, direct ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever oplevert. De rechtspraak laat zien dat die lijn consequent wordt gevolgd. Onder andere de kantonrechter Roermond oordeelt op 5 november

2015⁵⁸ via deze lijn en kent een billijke vergoeding toe van €5.000 bruto (naast een transitievergoeding van €2.865 bruto).

Op dezelfde wijze werd geoordeeld in het geval van een vernietigde opzegging zonder instemming van de werknemer. Dit betreft de uitspraak van de kantonrechter Utrecht van 15 oktober 2015.⁵⁹ Hier had de werkgever de arbeidsovereenkomst zonder instemming van de werknemer opgezegd (middels een opzegbrief die de werknemer niet voor akkoord had getekend). Ook dat leidde op grond van art. 7:681 lid 1 BW tot vernietiging van de opzegging, en daarmee had de werkgever ernstig verwijtbaar gehandeld. Naast de transitievergoeding van afgerond €1.600 bruto (die al was voldaan), kwam de werknemer in aanmerking voor een billijke vergoeding van €4.000 bruto.

Voorwaardelijke ontbinding

Waar onder het oude recht een voorwaardelijke ontbinding zonder discussie mogelijk was nadat een werkgever over was gegaan tot het geven van een ontslag op staande voet, is dat onder de WWZ niet direct een gegeven. Het grootste verschil tussen de oude en nieuwe situatie is namelijk dat voorheen een ontslag op staande voet buitengerechtelijk kon worden vernietigd, terwijl onder de WWZ de kantonrechter (op verzoek van de werknemer) de opzegging moet vernietigen (op basis van art. 7:681 lid 1 BW). Gedurende die procedure is er dus in formele zin geen arbeidsovereenkomst meer. Vervolgens is het bij een afwijzing van een verzoek tot vernietiging van de opzegging in hoger beroep enkel mogelijk dat de werkgever wordt veroordeeld de arbeidsovereenkomst te herstellen, mocht de werknemer dan alsnog in het gelijk worden gesteld. Er wordt wel betoogd dat herstel van de arbeidsovereenkomst in feite betekent dat er een nieuwe arbeidsovereenkomst moet worden aangegaan, waarbij de aanvangsdatum niet gelijk hoeft te zijn aan de datum waarop de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst (dan inmiddels vaststaand onrechtmatig) was geëindigd.⁶⁰ Dat alles maakt een voorwaardelijke ontbinding van de eerdere arbeidsovereenkomst niet meer een per definitie bestaande mogelijkheid.

Deze materie heeft dan ook tot zeer wisselende rechtspraak geleid. De kantonrechter Roermond gaat daarin het verst. In de uitspraak van 7 december 2015⁶¹ oordeelt de kantonrechter dat een voorwaardelijke ontbinding onder de oude wet door de Hoge Raad⁶² mogelijk werd geacht, maar dit niet meer past in het systeem van de WWZ. Dit wordt door andere kantonrechters niet gevolgd. In het merendeel van de uitspraken wordt de voorwaardelijke ontbinding onverminderd mogelijk gevonden en op de ‘oude’ wijze beoordeeld.

Zo oordeelde de kantonrechter Den Haag op 30 oktober 2015⁶³ dat de dringende reden voor het ontslag voldoende vaststond, maar werd er daarnaast overgegaan tot voorwaardelijke ontbinding wegens verwijtbaar handelen van de werknemer (en was er geen transitievergoeding verschuldigd omdat de werknemer ernstig verwijtbaar had gehandeld). Op vergelijkbare wijze is een uitspraak gedaan door de kantonrechter Den Haag op 17 december 2015,⁶⁴ waarbij door de kantonrechter nog werd opgemerkt dat de werkgever belang had bij een voorwaardelijke ontbinding omdat in hoger beroep nog niet was geoordeeld of tot herstel van de arbeidsovereenkomst kon worden overgegaan, en of dat ertoe leidt dat de oorspronkelijke overeenkomst herleeft.

De kantonrechter Rotterdam oordeelde op 28 september 2015⁶⁵ dat de werkgever een belang had bij een voorwaardelijke ontbinding omdat het door de kantonrechter rechtsgeldig geachte ontslag op staande voet nog niet onherroepelijk was geworden. Dit ondanks het feit dat de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst was gekoppeld aan “voor zover deze nog bestaat”, en daar was door het rechtsgeldig geachte ontslag op staande voet geen sprake van. Bij de uitspraak van de kantonrechter Rotterdam van 16 oktober 2015⁶⁶ werd ten aanzien van de mogelijkheid van de voorwaardelijke ontbinding nog overwogen, dat het bestaan van een gerechtvaardigd belang bij een voorwaardelijke ontbinding zoals onderkend door de Hoge Raad onder de oude wet, eveneens geldt voor de WWZ.

Zonder de overige uitspraken te behandelen wordt opgemerkt dat in vergelijkbare zin is geoordeeld door de kantonrechters Zwolle op 21 augustus 2015,⁶⁷ Groningen op 15 oktober 2015,⁶⁸ Leiden op 18 november 2015,⁶⁹ en Alkmaar op 17 december 2015.⁷⁰ Dit geldt ook voor de kantonrechter Zutphen op 12 november 2015,⁷¹ waarbij de voorwaardelijke ontbinding wel enigszins anders was geformuleerd, namelijk “voor zover de arbeidsovereenkomst na hoger beroep wordt hersteld” en dat is in ieder geval de aan te raden formulering, omdat enkel die situatie zich in hoger beroep kan voordoen. Ook de kantonrechter Leeuwarden achtte op 16 december 2015⁷² een voorwaardelijke ontbinding mogelijk, maar daar werd de voorwaardelijke ontbinding afgewezen omdat dit verzoek was gebaseerd op hetzelfde feitencomplex als waarvoor het ontslag op staande voet was gegeven, zijnde werkweigering. Bij de beoordeling van het ontslag op staande voet was al geconcludeerd dat er geen sprake was van werkweigering, en dit kon dan ook niet tot een voorwaardelijke ontbinding leiden. Ook de kantonrechter Assen oordeelde op 15 september 2015⁷³ dat het ontslag op staande voet geen stand hield omdat dit een te zware sanctie betrof gezien de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Dan kan er dus ook geen sprake zijn van een redelijke grond om de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden.

De kantonrechter Amsterdam vaart een enigszins andere koers. Op 3 november 2015⁷⁴ werd door de kantonrechter Amsterdam het gegeven ontslag op staande voet rechtsgeldig geacht en het verzoek tot vernietiging van de opzegging afgewezen. Ten aanzien van de voorwaardelijke ontbinding werd allereerst overwogen dat de als eerste aangevoerde voorwaarde (voor het geval de opzegging zou worden vernietigd) niet was ingetreden. Op basis daarvan volgde dus geen voorwaardelijke ontbinding. De tweede aangevoerde voorwaarde betrof “voor het geval de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld”. De kantonrechter overwoog dat de werkgever echter geen belang had bij een dergelijk voorwaardelijk verzoek. Daarbij werd verwezen naar de parlementaire geschiedenis,⁷⁵ waarbij werd opgemerkt dat gezien het tijdsverloop in hoger beroep vaak zal worden overgegaan tot het toekennen van een billijke vergoeding en niet tot een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Volgens de kantonrechter Amsterdam wil dit zeggen dat naast de beoordeling of in eerste aanleg het verzoek tot vernietiging van de opzegging ten onrechte was afgewezen, er ook geoordeeld moest worden over de gevolgen van een herstel van de arbeidsovereenkomst voor beide partijen. Dit zou dan ook kunnen betekenen dat in appel niet voor herstel wordt gekozen. De vraag is of deze redenering van de mogelijkheden en de mogelijke uitkomsten in hoger beroep wel tot het oordeel kunnen leiden dat de werkgever geen belang heeft bij de voorwaardelijke ontbinding. Het belang is immers gelegen in het beperken van alle mogelijke risico's tot loonbetaling (waarbij wordt opgemerkt dat de mogelijkheden tot het inperken van deze risico's aanmerkelijk minder zijn nu hoger beroep van voorwaardelijke ontbindingsbeschikkingen mogelijk is). Daartegenover kan gezegd worden dat door de mogelijkheid van hoger beroep de rechter in eerste aanleg zich terughoudender moet opstellen. Door een voorwaardelijke ontbinding toe te wijzen, worden de gevolgen van een andersluidend oordeel in hoger beroep beperkt, omdat de voorwaardelijke ontbinding daar dan doorheen loopt (tenzij ook weer tegen die beschikking hoger beroep wordt ingesteld).

Indien er sprake is van de andere situatie, namelijk dat het ontslag niet rechtsgeldig wordt geacht, dan komt de kantonrechter Amsterdam op 4 november 2015⁷⁶ tot een ander oordeel. In die situatie is de arbeidsovereenkomst namelijk niet geëindigd omdat de opzegging is vernietigd. Dan heeft de werkgever wel een belang bij een voorwaardelijke ontbinding, omdat daarmee dan alsnog een beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan worden gerealiseerd. Er is dan echter geen sprake meer van een *voorwaardelijke* ontbinding, omdat de betreffende voorwaarde door de vernietiging van het ontslag al is gerealiseerd. Het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding wordt daarmee dan een ‘gewoon’ ontbindingsverzoek.

Transitievergoeding

Onder de WWZ heeft de werknemer over het algemeen recht op de transitievergoeding indien de arbeidsovereenkomst minimaal 24 maanden heeft geduurd en op initiatief van de werkgever is

geëindigd (of niet voortgezet) en er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. Ook indien de arbeidsovereenkomst door een beëindigingsovereenkomst is beëindigd, de werknemer nog geen 18 jaar is of wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd geldt dat er geen recht op een transitievergoeding bestaat. Voor de exacte voorwaarden wordt verwezen naar art. 7:673 BW.

In de uitspraak van de kantonrechter Utrecht van 11 december 2015,⁷⁷ was het de vraag of de arbeidsovereenkomst door middel van een beëindigingsovereenkomst was beëindigd. De werknemer stelde dat dit niet het geval was, nu de werkgever de arbeidsovereenkomst zou hebben opgezegd, waarmee de werknemer had ingestemd. Daardoor zou de transitievergoeding wel verschuldigd zijn, maar de kantonrechter ging hier niet in mee. De arbeidsovereenkomst was door een vaststellingsovereenkomst geëindigd (getuige de naam van de overeenkomst en de verwijzing naar art. 7:900 BW) en dat moet als een beëindigingsovereenkomst worden beschouwd. Daarnaast stelde de werknemer dat op basis van goed werkgeverschap de werkgever een mededelingsplicht heeft ten aanzien van een recht op transitievergoeding. Ook dat werd door de kantonrechter niet gevolgd. Er geldt bij onderhandelingen geen algemene spreekplicht (maar wel de wettelijke bedenktijd).

De uitspraak van de kantonrechter Maastricht van 30 oktober 2015⁷⁸ is in het kader van de transitievergoeding relevant omdat partijen het niet eens waren over de arbeidsomvang. De Regeling looncomponenten en arbeidsduur⁷⁹ bepaalt dat bij een niet vaststaande arbeidsomvang een referteperiode van één jaar geldt. De kantonrechter stelde vast dat er geen reden was van die referteperiode af te wijken. Partijen kregen nog wel de gelegenheid zich uit te laten over de hoogte van de transitievergoeding (op basis van de arbeidsomvang over die periode).

Bij de uitspraak van de kantonrechter Utrecht van 2 december 2015⁸⁰ was het de vraag of de werknemer recht had op de voorziening in de cao (vanwege het Besluit overgangsrecht transitievergoeding⁸¹) of toch aanspraak kon maken op de (aanmerkelijk hogere) transitievergoeding. De kantonrechter oordeelde dat het laatste het geval was, nu er strikt genomen niet aan de voorwaarden van de cao-voorziening werd voldaan. De cao-voorziening bepaalde dat werknemers in aanmerking kwamen voor een WW-suppletie indien er na afloop van het dienstverband recht bestaat op een WW-uitkering. De betreffende werknemer had echter aansluitend op het ontslag een nieuwe baan en daarom was er geen sprake van een recht op een WW-uitkering en dus ook geen recht op de cao-voorziening. Aan het Besluit overgangsrecht transitievergoeding wordt dan niet toegekomen en dan geldt het recht op de transitievergoeding.

Ten slotte de uitspraak van de kantonrechter Rotterdam van 15 oktober 2015.⁸² Ook daar gold een voorziening uit hoofde van cao, waarop de werknemer vanwege het Besluit overgangsrecht transitievergoeding (enkel) aanspraak op kon maken. Dit betrof echter een zeer gering bedrag in verhouding tot de transitievergoeding. Om die reden oordeelde de kantonrechter dat het doel van het overgangsrecht⁸³ niet kon zijn dat de werknemer in een substantieel ongunstigere positie terecht zou komen. Daarom werd met een beroep op de redelijkheid en billijkheid de toepasselijkheid van het overgangsrecht in deze omstandigheden als onaanvaardbaar beschouwd. De werknemer kreeg dus alsnog de transitievergoeding toegekend.

Billijke vergoeding

Op basis van de WWZ kan een werknemer op meerdere gronden aanspraak maken op een billijke vergoeding naast de transitievergoeding. Dit kan de werknemer doen als tegenverzoek naar aanleiding van een door de werkgever gestarte ontbindingsprocedure ex art. 7:671b BW of als onderdeel van een door de werknemer zelf gestarte ontbindingsprocedure ex art. 7:671c BW. Een andere mogelijkheid is het (subsidiar) verzoeken van een billijke vergoeding in plaats van een vernietiging van de opzegging op grond van art. 7:681 BW of in plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:682 BW.

Voor het toekennen van een billijke vergoeding moet er sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁹⁰ Uit de wetsgeschiedenis⁹¹ volgt dat het moet gaan om uitzonderlijke gevallen, inmiddels bekend als het zogenaamde *muizengaatje*. Daarbij heeft de billijke vergoeding een ander karakter dan de transitievergoeding (die is namelijk bedoeld ter compensatie van ontslag en om de werknemer in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken). De rechter dient de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen en de hoogte moet in relatie tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten staan. De hoogte dient daarnaast te worden bepaald op een wijze die en op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Het gevolgcriterium dient daarbij geen rol te spelen, omdat dit reeds wordt verdisconteerd in de transitievergoeding. Wel kan er rekening worden gehouden met de financiële situatie van de werkgever. In dezelfde wetsgeschiedenis wordt ook een aantal voorbeelden genoemd wanneer een billijke vergoeding aan de orde kan zijn.

Indien het ontslag dus het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever dan moet de werknemer daarvoor worden gecompenseerd, ook om dergelijk handelen of nalaten van de werkgever te voorkomen. De billijke vergoeding wordt dan ook wel geacht enige punitieve werking te hebben. De vraag is of daarvan wel (voldoende) sprake is bij de tot nu toe gepubliceerde uitspraken.

Hieronder wordt nog eens kort bij de op andere onderdelen al aangehaalde uitspraken aangegeven om welke reden er een billijke vergoeding was toegekend en wat de hoogte daarvan (in relatie tot de transitievergoeding) was.

Allereerst de situatie dat de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht, waarbij de billijke vergoeding dan kan worden toegekend op (tegen)verzoek van de werknemer op grond van art. 7:671 lid 8 sub c BW:

- De kantonrechter Den Bosch kende in de uitspraak van 22 september 2015⁹² een billijke vergoeding op grond van art. 7:671b lid 8 sub c BW toe van €2.000 bruto. De transitievergoeding bedroeg €1.737 bruto. In deze zaak werd de werkgever een ernstig verwijt gemaakt dat de arbeidsverhouding was verstoord (omdat de werkgever in feite wegens ziekte van de werknemer de arbeidsovereenkomst wenste te beëindigen).
- Op 15 december 2015⁹³ kende de kantonrechter Amsterdam een billijke vergoeding toe van €3000, naast een transitievergoeding van afgerond €6200. De werkgever werd ernstig verwijtbaar handelen verweten op grond waarvan de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsverhouding werd ontbonden. De werkgever had het conflict tussen partijen laten escaleren nadat de werknemer zich verzette tegen de inroosting van minder uren en de uitbetaling van minder loon dan waar hij recht op had.
- In de uitspraak van de kantonrechter Leeuwarden van 25 november 2015⁹⁴ werd een billijke vergoeding toegekend van €2.500 bruto (naast de transitievergoeding van afgerond €15.000 bruto). De werkgever had ten onrechte aangestuurd op een ontbinding wegens disfunctioneren en de arbeidsverhouding was volgens de kantonrechter enkel door ernstig verwijtbaar handelen van werkgever verstoord geraakt. Bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding werd door de kantonrechter rekening gehouden met de financiële situatie van de werkgever.
- In een vergelijkbaar geval kende de kantonrechter Alkmaar⁹⁵ een billijke vergoeding toe van €8.000 bruto naast een transitievergoeding van €20.000 bruto.
- In de uitspraak van de kantonrechter Alkmaar van 4 november 2015⁹⁶ werd de billijke vergoeding vastgesteld op een bedrag van €15.000 bruto (gelijk aan drie brutomaandsalarissen), naast een transitievergoeding van ruim €30.000 bruto (waaraan werd toegekomen op basis van opvolgend werkgeverschap in de zin van art. 7:673 lid 4 sub b BW vanwege een doorstart). Ook hier werd de werkgever het ontstaan van een verstoorde arbeidsverhouding verweten, aangezien de werknemer vijf weken na de indiensttreding op

non-actief was gesteld wegens disfunctioneren, zonder duidelijke toelichting op het disfunctioneren (laat staan dat er een verbeteringstraject was geboden).

- De kantonrechter Amsterdam kwam op 7 december 2015 ⁹⁷ tot een aanmerkelijk hogere billijke vergoeding. In deze zaak was er eerder een afwijzende beschikking van de kantonrechter Gouda verkregen en de werkgever bleef onverminderd aansturen op een beëindiging wegens disfunctioneren, zonder de werknemer een redelijke kans te geven. Daarbij was er onvoldoende rekening gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zijnde de zorg voor zijn zieke vrouw en kinderen naast zijn fulltime dienstverband en de werknemer was ten onrechte geschorst zonder behoud van loon. De kantonrechter kende een billijke vergoeding van €40.000 bruto toe, naast de transitievergoeding van €18.353 bruto.
- Ook de kantonrechter Alkmaar kende op 18 december 2015 ⁹⁸ een hogere billijke vergoeding toe van €15.000 bruto, naast een transitievergoeding van (afgerond) €3.300 bruto. Hier werd ook de werkgever verweten een verstoorde arbeidsverhouding te hebben laten ontstaan door ten onrechte aan te sturen op een ontbinding wegens disfunctioneren.

Ten tweede de situatie dat de werknemer zelf ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft verzocht, waarbij de werknemer dan een billijke vergoeding verzoekt op grond van art. 7:671c lid 2 sub b BW:

- De kantonrechter Den Bosch stelde op 1 september 2015 ⁹⁹ de billijke vergoeding vast op een bedrag van afgerond €30.000 bruto, en dit bedrag was gelijk aan het bedrag van de transitievergoeding. De werknemer had om ontbinding verzocht vanwege het feit dat hij als enige was achter was gebleven in een lege bv en hij geen loon meer ontving, ook al was de werkgever daartoe bij kort geding al veroordeeld. Dat alles resulteerde in ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
- De kantonrechter Dordrecht ontbond op 16 oktober 2015 ¹⁰⁰ de arbeidsovereenkomst eveneens op verzoek van de werknemer en kende daarbij een billijke vergoeding toe van € 50.000 bruto, naast een transitievergoeding van €16.188 bruto. Het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever bestond uit onbetamelijk en onaanvaardbaar gedrag jegens de werknemer (die al ruim twintig jaar in dienst was), met onacceptabel taalgebruik, vloeken, schelden et cetera. Deze vergoeding werd door de kantonrechter bepaald aan de hand van een op verzoek van de werknemer door een deskundige gemaakte berekening van het te verwachten verlies aan inkomen en pensioen.

Ten derde de situatie dat een billijke vergoeding is toegekend na een niet rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet, waarbij de billijke vergoeding dan kan worden toegekend op grond van art. 7:681 lid 1 BW. Zoals aangegeven moet volgens de parlementaire geschiedenis ¹⁰¹ ook in dit wetsartikel de eis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever worden gelezen. Uit dezelfde parlementaire geschiedenis volgt dat een gegeven ontslag op staande voet waarbij de geldende voorschriften niet zijn nageleefd en de opzegging dus in strijd met art. 7:681 lid 1 BW is, direct ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever oplevert. Dit wordt door de rechtspraak consequent zo geoordeeld:

- De kantonrechter Maastricht kende in een (verstek)zaak op 16 december 2015 ¹⁰² een billijke vergoeding van €500 bruto toe (het dienstverband was te kort om in aanmerking te komen voor een transitievergoeding). Doordat de werkgever geen verweer had gevoerd stond vast dat het gegeven ontslag op staande voet niet rechtsgeldig was en daardoor werd al meteen aan een billijke vergoeding toegekomen. De werknemer ontving in deze zaak overigens ook een vergoeding wegens onregelmatige opzegging ex art. 7:672 lid 9 en 10 BW.
- De kantonrechter Roermond oordeelde op 5 november 2015 ¹⁰³ dat het gegeven ontslag op staande voet niet rechtsgeldig was en dat leidde tot ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever en dus tot toekenning van een billijke vergoeding. In deze zaak werd de billijke

vergoeding vastgesteld op een bedrag van €5.000 bruto (naast een transitievergoeding van €2.865 bruto).

Tot slot de situatie dat de werkgever heeft opgezegd zonder instemming van de werknemer. Dan kan de billijke vergoeding worden toegekend op grond van art. 7:681 lid 1 BW (en dan geldt dus eveneens de eis van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever) en ook hier geldt dat als er is opgezegd in strijd met art. 7:681 lid 1 BW, de werkgever daarmee ernstig verwijtbaar heeft gehandeld:

- De kantonrechter Utrecht van 15 oktober 2015 ¹⁰⁴ kende naast de transitievergoeding van afgerond €1.600 bruto (die al was voldaan), een billijke vergoeding toe van €4.000 bruto. De werknemer had de opzegbrief van de werkgever niet voor akkoord getekend. Daarmee was de opzegging in strijd met art. 7:681 lid 1 BW en dus had de werkgever ernstig verwijtbaar gehandeld.

Afsluitende opmerking

Zoals in de inleiding is aangegeven, is met dit artikel niet beoogd een allesomvattende samenvatting van de WWZ-jurisprudentie tot 1 januari 2016 te geven. Wel is geprobeerd per onderwerp een overzicht te geven van de meest relevante uitspraken, hetgeen hopelijk voor velen bruikbaar is voor de praktijk.

Mr. H.B. Dekker

Over de auteur

Mr. H.B. Dekker is advocaat en partner bij Hoboken Advocaten te Rotterdam. Met dank aan mr. Ilse van Marrewijk voor haar hulp bij het verzamelen en rubriceren van de uitspraken.



[1](#)

ECLI:NL:RBDHA:2015:10521.

[2](#)

ECLI:NL:RBAMS:2015:7214.

[3](#)

ECLI:NL:RBOVE:2015:4663.

[4](#)

ECLI:NL:RBNNE:2015:5485.

[5](#)

ECLI:NL:RBLIM:2015:8667.

[6](#)

ECLI:NL:RBNNE:2015:4508.

[7](#)

ECLI:NL:RBMNE:2015:9189.

[8](#)

ECLI:NL:RBAMS:2015:9255.

[9](#)

ECLI:NL:RBDHA:2015:13672.

[10](#)

ECLI:NL:RBDHA:2015:12141.

[11](#)

ECLI:NL:RBROT:2015:7045.

[12](#)

ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.

[13](#)

ECLI:NL:RBAMS:2015:9244

[14](#)

ECLI:NL:RBNNE:2015:3611.

[15](#)

ECLI:NL:RBGEL:2015:5909.

[16](#)

ECLI:NL:RBNNE:2015:5493.

[17](#)

ECLI:NL:RBMNE:2015:7666.

[18](#)

Handelingen I 2013/14, 33818, nr. 32 item 14, p. 10 en dit volgt ook uit de voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen zoals genoemd in de wetsgeschiedenis, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 34.

[19](#)

ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.

[20](#)

ECLI:NL:RBAMS:2015:7278.

[21](#)

ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

[22](#)

ECLI:NL:RBNHO:2015:11461.

[23](#)

ECLI:NL:RBNHO:2015:9668.

[24](#)

Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 39-40.

[25](#)

ECLI:NL:RBGEL:2015:7087.

[26](#)

ECLI:NL:RBZWB:2015:7552.

[27](#)

Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 113.

[28](#)

ECLI:NL:RBNHO:2015:8999.

[29](#)

ECLI:NL:RBAMS:2015:9419.

[30](#)

Zaaknr. 4425568 VZ VERZ 15-470.

[31](#)

ECLI:NL:RBDHA:2015:11658.

[32](#)

ECLI:NL:RBNHO:2015:10552.

[33](#)

ECLI:NL:RBNHO:2015:8197.

[34](#)

ECLI:NL:RBNNE:2015:5097.

[35](#)

Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 46.

[36](#)

ECLI:NL:RBAMS:2015:8600.

[37](#)

ECLI:NL:RBMNE:2015:9190.

[38](#)

AR 2015-0865.

[39](#)

Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 32-33.

[40](#)

AR 2015-1009.

[41](#)

ECLI:NL:RBOBR:2015:5275.

[42](#)

HR 20 april 1990, *NJ* 1990/702.

[43](#)

Zaaknr. 4518060 VZ VERZ15-20133.

[44](#)

Bijv. kantonrechter Amersfoort 30 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5761 en kantonrechter Amsterdam 30 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5208.

[45](#)

ECLI:NL:RBAMS:2015:5256.

[46](#)

ECLI:NL:RBMNE:2015:6349.

[47](#)

ECLI:NL:RBROT:2015:5903.

[48](#)

Zie bijv. ECLI:NL:RBROT:2015:5575, beschikking d.d. 30 juli 2015 en ECLI:NL:RBROT:2015:5563, beschikking d.d. 31 juli 2015.

[49](#)

ECLI:NL:RBBOVE:2015:3663.

[50](#)

ECLI:NL:RBOVE:2015:3663.

[51](#)

ECLI:NL:RBROT:2015:7121.

[52](#)

ECLI:NL:RBNNE:2015:5977.

[53](#)

ECLI:NL:RBAMS:2015:9413

[54](#)

ECLI:NL:RBLIM:2015:10716.

[55](#)

ECLI:NL:RBGEL:2015:6783.

[56](#)

ECLI:NL:RBGEL:2015:7439.

[57](#)

Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 99 en 113.

[58](#)

ECLI:NL:RBLIM:2015:9351.

[59](#)

ECLI:NL:RBMNE:2015:7538.

[60](#)

Kamerstukken I 2013/14, 33818, nr. C, p. 114-115.

[61](#)

ECLI:NL:RBLIM:2015:10158.

[62](#)

HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/296.

[63](#)

ECLI:NL:RBDHA:2015:12582.

[64](#)

ECLI:NL:RBDHA:2015:14811.

[65](#)

ECLI:NL:RBROT:2015:6923.

[66](#)

ECLI:NL:RBROT:2015:7564.

[67](#)

ECLI:NL:RBOVE:2015:3850.

[68](#)

ECLI:NL:RBNNE:2015:4865.

[69](#)

AR 2015-1299.

[70](#)

ECLI:NL:RBNHO:2015:11458.

[71](#)

ECLI:NL:RBGEL:2015:7645.

[72](#)

ECLI:NL:RBNNE:2015:5977.

[73](#)

ECLI:NL:RBNNE:2015:4342.

[74](#)

ECLI:NL:RBAMS:2015:8025.

[75](#)

Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 34-35.

[76](#)

ECLI:NL:RBAMS:2015:7802.

[77](#)

ECLI:NL:RBMN:2015:8803.

[78](#)

ECLI:NL:RBLIM:2015:9182.

[79](#)

Stert. 2015, 34289.

[80](#)

AR 2015-1252.

[81](#)

Stb. 2015, 172.

[82](#)

ECLI:NL:RBROT:2015:7335.

[83](#)

Art. XXII lid 7 WWZ.

[84](#)

Stb. 2015, 172.

[85](#)

Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 96.

[86](#)

AR Updates 2015-1095.

[87](#)

Zaaknr. 4517329 / VV EXPL 15-507.

[88](#)

ECLI:NL:RBMNE:2015:8495.

[89](#)

Brief van minister Asscher aan Tweede Kamer, 3 september 2015.

[90](#)

Voor het toekennen van een billijke vergoeding op basis van art. 7:681 lid 1 BW en art. 7:682 lid 1 BW, moet volgens de parlementaire geschiedenis ook in deze wetsartikelen de eis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever worden gelezen, zie noot 55.

[91](#)
Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 32-34.

[92](#)
ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.

[93](#)
ECLI:NL:RBAMS:2015:9244

[94](#)
ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.

[95](#)
ECLI:NL:RBAMS:2015:7278.

[96](#)
ECLI:NL:RBNHO:2015:9668.

[97](#)
ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

[98](#)
ECLI:NL:RBNHO:2015:11461.

[99](#)
AR 2015-0865.

[100](#)
AR 2015-1009.

[101](#)
Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 99 en 113.

[102](#)
ECLI:NL:RBLIM:2015:10716.

[103](#)
ECLI:NL:RBLIM:2015:9351.

[104](#)
ECLI:NL:RBMNE:2015:7538.

[105](#)
ECLI:NL:RBMNE:2015:3460.

[106](#)
ECLI:NL:RBAMS:2015:4864.

[107](#)
ECLI:NL:RBOVE:2015:4400.

[108](#)
ECLI:NL:RBNNE:2015:4317.

[109](#)
Stb. 2014, 538.

[110](#)
ECLI:NL:RBMNE:2015:3201.

[111](#)
Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 34-36.

[112](#)
ECLI:NL:RBROT:2015:3883.

[113](#)
ECLI:NL:RBAMS:2015:3968

[114](#)
ECLI:NL:RBMNE:2015:6385